СП 14302 (3)

НОВЫЯ ИДЕИ ВЪ ПРАВОВѢДѢНІИ.

Непеpіодическое изданіе, выходящее подъ редакціей
профессора Л. І. ПЕТРАЖИЦКАГО
при ближайшемъ участіи профессоровъ:
Б. А. КИСТЯКОВСКАГО, М. М. КОВАЛЕВСКАГО,
С. А. КОТЛЯРЕВСКАГО, П. И. ЛЮБЛИНСКАГО,
Б. Э. НОЛЬДЕ, М. Я. ПЕРГАМЕНТА
и М. П. ЧУБИНСКАГО.

Сборникъ № 3.

Эволюція преступленій и наказаній I.

Изд-ство „Образованіе“. СПБ.
1914.

1950

Издательство „ОБРАЗОВАНІЕ“, СПБ., Поварской, 12. — Телефонъ № 75-51.

Новыя идеи въ математикѣ.

Непериодическое изданіе, выходящее подъ редакціей заслуженн. проф. А. В. Васильева.

Сборники: № 1. Математика. Методъ, проблемы и значеніе ея.—№ 2. Пространство и время I.—№ 3. Пространство и время II.—№ 4. Ученіе о числѣ.—№ 5. Принципъ относит. съ математ. точки зрѣнія I.—№ 6. Ученіе о множествахъ Георга Кантора I—№ 7. Принципъ относит. съ математ. точки зрѣнія II.—№ 8. Математика и философія I.—№ 9. Начала геометріи I.—№ 10. Ученіе о множествахъ Георга Кантора II.—№ 11. Математика и философія II (печ.).—№ 12. Начало геометріи II (печ.).—№ 13. Неевклидова геометрія (печ.).

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Новыя идеи въ астрономіи.

Непериодическое изданіе, выходящее подъ редакціей профессора А. А. Иванова.

Сборники: № 1. Космогоническія гипотезы I.—№ 2. Земля. Ея внѣшняя форма и внутреннее строеніе.—№ 3. Космогоническія гипотезы II.—№ 4. Распред. звѣздъ въ простр. и ихъ движеніе.—№ 5. Кометы. Ихъ природа и происхожденіе.—№ 6. Марсъ и его каналы.

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Новыя идеи въ физикѣ.

Непериодическое изданіе, выходящее подъ ред. заслуженнаго проф. И. И. Боргмана.

Сборники: № 1. Строеніе вещества.—Третье измѣненное изданіе.—№ 2. Эѳиръ и матерія.—Второе дополненное изданіе.—№ 3. Принципъ относительности.—Второе изданіе.—№ 4. Дѣйствіе свѣта.—№ 5. Природа свѣта.—№ 6. Природа теплоты.—№ 7. Природа положительныхъ и рентгеновыхъ лучей.—№ 8. Строеніе атома (печ.).

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Новыя идеи въ химіи.

Непериодическое изданіе, выходящее подъ редакціей профессора Л. А. Чугаева.

Сборники: № 1. Стереохимія. Химическая механика. Растворы. Второе дополненное изданіе.—№ 2. Радіоактивныя вещества I.—№ 3. Валентность.—№ 4. Радіоактивныя вещества II.—№ 5. Кристаллохимическій анализъ.—№ 6. Строеніе матеріи I.—№ 7. Ученіе о растворахъ.

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Новыя идеи въ біологіи.

Непериодическое изданіе, выходящее подъ ред. проф. В. А. Вагнера.

Сборники: № 1. Что такое жизнь?—№ 2. Новое въ ученіи о нервной системѣ.—№ 3. Смерть и безсмертіе.—№ 4. Наслѣдственность I.—№ 5. Біохимія.—№ 6. Біо-психологія.—№ 7. Опредѣленіе пола.

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Новыя идеи въ медицинѣ.

Непериодическое изданіе, выход. подъ ред. проф. А. М. Левина, при ближ. участіи проф. Л. В. Блуменау, проф. А. А. Кадьяна, д-ра Е. С. Лондона и акад. И. П. Павлова.

Сборники: № 1. Радіотерапія.—№ 2. Анафилаксія.—№ 3. Внутренняя секреція.—№ 4. Аритмія сердца (печ.).

Цѣна каждаго сборника 80 к.

С II 14302 сб. 3

НОВЫЯ ИДЕИ ВЪ ПРАВОВѢДѢНІИ.

Неперіодическое изданіе, выходящее подъ редакціей
профессора Л. І. ПЕТРАЖИЦКАГО
при ближайшемъ участіи профессоровъ:
Б. А. КИСТЯКОВСКАГО, М. М. КОВАЛЕВСКАГО,
С. А. КОТЛЯРЕВСКАГО, П. И. ЛЮБЛИНСКАГО,
Б. Э. НОЛЬДЕ, М. Я. ПЕРГАМЕНТА
и М. П. ЧУБИНСКАГО.

1947/187
ПРОВЕРКА 2007

СБОРНИКЪ ТРЕТІЙ.

Эволюція преступленій и наказаній I.

Изд-ство „Образованіе“. СПБ.
1914.

J I 311

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія Е. М. Малаховскаго. Петер. Стор., Большой пр. 17.
Тел. 616-57.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

стр.

Г. Оппенгеймеръ. Историческое изслѣдованіе о происхожденіи наказанія 1

Карлъ Биндингъ. О происхожденіи публичнаго наказанія. 85

Питиримъ Сорокинъ. Законы развитія наказаній съ точки зрѣнія психологической теоріи права Л. І. Петражицкаго 113

Г. Оппенгеймеръ.

Историческое изслѣдованіе о происхожденіи наказанія [1]).

Глава I.

Первыя преступленія.

Ни одна изъ существующихъ теорій развитія наказанія не даетъ намъ полнаго отвѣта на вопросъ о соціальныхъ причинахъ его. Изслѣдователь, принявшій какую-нибудь одну изъ нихъ, невольно находитъ на страницахъ исторіи именно то, что онъ ожидалъ найти тамъ. Теорія публичной мести неправильно отождествляетъ или, по крайней мѣрѣ, разсматриваетъ, какъ послѣдовательныя стадіи того же самаго явленія, неорганизованную и организованную реакцію противъ неправды. Патріархальная теорія перебрасываетъ мостъ въ видѣ деспотическаго правленія между мѣрами домашняго исправленія и публичнымъ наказаніемъ, предполагая такимъ образомъ существованіе политическаго принципа, который не является ни первобытнымъ, ни всеобщимъ. Причиной ошибочнаго ученія о томъ, что частная месть служитъ источникомъ публичнаго наказанія, является, главнымъ образомъ, неправильный методъ изслѣдованія. Авторы, слѣдующіе этой точкѣ зрѣ-

[1]) Предлагаемая статья представляетъ 2-ю часть работы Heinrich Oppenheimer. The rationale of punishment. Part II. Historical inquiry into the origin of punishment. London, 1913. Взгляды Оппенгеймера находятся подъ сильнымъ вліяніемъ историковъ религіозныхъ воззрѣній Hobhouse и Fraser'a. Прим. ред.

нія, неизмѣнно начинаютъ съ вопроса: какъ на раннихъ ступеняхъ человѣческаго развитія относились къ такимъ привычнымъ видамъ преступленія, какъ убійство, кража и т. п.? Такого рода вопросъ, конечно, является вполнѣ законнымъ и привелъ ко многимъ весьма интереснымъ выводамъ, между прочимъ, и къ открытію того, что на раннихъ ступеняхъ правового развитія эти дѣйствія не влекли какихъ-либо другихъ послѣдствій, кромѣ мести со стороны потерпѣвшаго и его рода. Иными словами, эти преступленія, которыя, благодаря дѣятельности современныхъ судовъ, представляются намъ, какъ преступленія уголовныя par exellence, таковыми признавались не всегда. При такомъ выводѣ легко понять, почему указанная формулировка проблемы не могла привести къ открытію истиннаго источника наказанія, а, напротивъ того, отклоняла изслѣдователей въ сторону. Вмѣсто того, чтобы понять это, сторонники теоріи мести сразу перескакиваютъ къ выводу, что истинной реакціей противъ этого преступленія, какъ мы его понимаемъ, должна являться реакція противъ убійства. И они предположили, что государство лишь поставило себя въ качествѣ органа наказанія вмѣсто потерпѣвшаго. Вопросъ же о томъ, какъ государство стало органомъ соціальной юстиціи, совершенно ускользаетъ отъ вниманія этихъ авторовъ, тогда какъ на самомъ дѣлѣ онъ лежитъ въ основѣ всего вопроса и требуетъ внимательнаго историческаго освѣщенія.

Если наши изслѣдованія желаютъ покоиться на исторически вѣрныхъ основаніяхъ, то будетъ наиболѣе правильнымъ на время отбросить всѣ вопросы „какъ“? и „почему?“, которые всегда ярляются болѣе или менѣе спорными, и начать изслѣдованіе съ чисто фактическихъ вопросовъ: „каковы были первыя преступленія?“ или, что то же самое, „за какія дѣйствія назначалось

на примитивныхъ стадіяхъ общественнаго развитія публичное наказаніе"? Мы отказываемъ въ названіи „публичнаго" всякому наказанію, которое не назначается соціальной группой болѣе обширной, чѣмъ примитивный кланъ, и такимъ образомъ отказываемся выводить наказаніе изъ того, что въ строгомъ смыслѣ слова имъ не является; тѣмъ болѣе мы игнорируемъ попытки, столь дорогія сердцу соціолога, находящаго зародыши этого соціальнаго учрежденія въ жизни стадныхъ животныхъ.

Какъ отправной пунктъ нашего изслѣдованія, выступаютъ тѣ низко стоящія расы, среди которыхъ практически отсутствуетъ понятіе преступленія, и, слѣдовательно, неизвѣстна соціальная реакція въ видѣ наказанія. Изъ этихъ примѣровъ мы, однако, не въ правѣ заключить, что преступность является проклятіемъ цивилизаціи; точно также мы не склонны защищать тезисъ, что она является стимуломъ прогресса и что означенныя племена остались на низшей стадіи развитія только потому, что имъ недоставало этого фермента. Не останавливаясь особо на этихъ небольшихъ народахъ, отъ которыхъ мы не могли бы почерпнуть много поучительнаго для рѣшенія нашей проблемы, обратимся къ обширному запасу матеріаловъ, собранныхъ трудами такихъ авторитетовъ, какъ Постъ, Колеръ, Вестермаркъ и особенно Штейнмецъ. Свѣдѣнія, собранныя ими, нуждаются, однако, въ тщательномъ разсмотрѣніи передъ тѣмъ, какъ мы будемъ пользоваться ими для нашихъ цѣлей. Мы должны будемъ устранить изъ списка якобы публичныхъ наказаній, примѣняющихся среди примитивныхъ народовъ, всѣ случаи, относящіеся къ слѣдующимъ категоріямъ:

1. Случаи, въ которыхъ реакція проистекаетъ отъ столь малой соціальной группы, что названіе „публичнаго" наказанія будетъ неприложимымъ.

2. Случаи, въ которыхъ такъ наз. наказаніе является не чѣмъ инымъ, какъ частною местью, болѣе или менѣе скрытой, видоизмѣненной или смягченной; не создаетъ здѣсь различія и то обстоятельство, что во многихъ случаяхъ этого рода мститель находитъ поддержку въ общественномъ мнѣніи. Послѣдовательное примѣненіе этого признака устраняетъ почти всѣ случаи, говорящіе о наказуемости у примитивныхъ народовъ убійства и прелюбодѣянія.

3. Случаи, въ которыхъ родъ, являясь слишкомъ слабымъ или трусливымъ, чтобы защищать одного изъ своихъ сочленовъ противъ мести со стороны другого рода, выдаетъ его головою враждебному роду, съ цѣлью избѣжать нападенія со стороны этого послѣдняго.

4. Случаи, въ которыхъ санкція или авторитетъ, на которомъ санкція покоится, являются столь неопредѣленными, что соотвѣтственная репрессія носитъ скорѣе моральный, нежели уголовный характеръ. По этому основанію изъ понятія наказанія исключаются примѣры линчеванія или саморасправы толпы. Поэтому, напр., когда Штейнмецъ сообщаетъ намъ, со словъ Джонса (History of the Ojibway Indians. p. 70, 1861), что, „если во время неурожая индѣецъ станетъ питаться человѣческимъ мясомъ, то члены его рода начинаютъ бить его по головѣ своими палками“, и замѣчаетъ, что „ужасъ каннибализма здѣсь возбуждаетъ такое публичное негодованіе, что вся община безпорядочно набрасывается на виновнаго и казнитъ его“ (Etnologische Studien, II, 342), то его собственное замѣчаніе показываетъ, что онъ ошибся, приведя этотъ примѣръ въ качествѣ дѣйствительнаго наказанія.

5. Случаи, въ которыхъ наказаніе назначается собраніемъ или судомъ трибы противъ преступниковъ или сочленовъ, „совершившихъ проступки“, „являющихся вредными“, „отличающихся дурнымъ поведе-

ніемъ", „навлекшихъ дурнымъ поведеніемъ неудовольствіе трибы". Заявленія, подобныя этимъ, не указывающія достаточно ясно на характеръ преступленія или дурного поведенія, влекущаго наказаніе, являются слишкомъ неопредѣленными и мало могутъ помочь при рѣшеніи вопроса.

6. Категоріи дѣяній, которыя признаются преступными одной или лишь немногими примитивными трибами. Конечно, если извѣстная форма преступленія, караемая въ той или иной трибѣ, является видомъ, относящимся къ извѣстному роду преступленій, караемыхъ въ примитивныхъ обществахъ, то она, конечно, явится цѣнной иллюстраціей болѣе широкаго принципа. Но если она явится единственной представительницей всего класса, то ее можно игнорировать. Ибо нашей задачей является не собираніе соціологическихъ курьезовъ, но построеніе широкаго основанія для началъ, регулирующихъ раннія наказанія, а внесеніемъ въ наши списки дѣяній, признаваемыхъ лишь въ исключительныхъ случаяхъ преступными мы можемъ подорвать общность нашихъ выводовъ. Такъ, если мы читаемъ у Вестермарка (I, 172 со словъ Burton, Two trips to Gorilla Land, I, 105), что среди дикарей мпонгве, убійца предается смерти всей общиною, или у Штейнмеца (op. cit. 344 со словъ Schoolcraft. Indian Tribes, II, 1851, 189), что среди племени дакота за нѣкоторыя, болѣе тяжкія формы убійства, назначается рѣшеніемъ всего совѣта племени смертная казнь, то такого рода свѣдѣнія лучше всего оставить безъ вниманія. Если бы мы начали строить обобщенія изъ этихъ отдѣльныхъ примѣровъ, то мы бы пошли по абсолютно ложнымъ слѣдамъ, такъ какъ извѣстно, что человѣчество во всемъ земномъ шарѣ, начиная отъ колыбели, въ теченіе долгихъ періодовъ исторіи, не знало иного рода реакціи противъ убійства, кромѣ частной мести.

7. Случаи, относящіеся къ народамъ, являющимся на самомъ дѣлѣ первобытными, хотя знаніе о болѣе раннихъ стадіяхъ древнихъ цивилизацій можетъ пролить цѣнный свѣтъ и на наказанія, назначаемыя среди низшихъ расъ, а также ограничить нѣсколько выводы, извлекаемые нами изъ изученія подлинныхъ примитивныхъ преступленій.

Хотя многія изъ примѣровъ, упоминаемыхъ Штейнмецомъ, и должны быть исключены изъ разсмотрѣнія по одному или другому изъ перечисленныхъ выше соображеній, все же мы примемъ предварительно, какъ въ существѣ правильный, составленный имъ перечень „преступленій, караемыхъ въ примитивныхъ обществахъ“. Этотъ перечень таковъ:

1) Чародѣйство.

2) Противоестественные пороки.

3) Измѣна.

4) Святотатство.

5) Разнообразныя преступленія. Къ этой группѣ, по преимуществу, относятся преступленія противъ половой нравственности. Изъ прочихъ встрѣчаются только отравленіе и родственныя дѣянія, а также нарушеніе охотничьихъ правилъ трибы.

Удобнѣе будетъ передъ тѣмъ, какъ приступить къ разсмотрѣнію этихъ преступленій въ отдѣльности, нѣсколько измѣнить порядокъ, намѣченный Штейнмецомъ, и разсмотрѣть ихъ въ слѣдующей постепенности: 1) Измѣна. 2) Чародѣйство. 3) Святотатство и другія преступленія противъ религіи. 4) Преступленія противъ половой нравственности. 5) Отравленіе и родственныя преступленія. 6) Нарушенія охотничьихъ правилъ.

Наказаніе измѣны является общимъ явленіемъ во всѣхъ, даже самыхъ дикихъ племенахъ, которыя

намъ извѣстны; но, за исключеніемъ нѣсколькихъ крайне рѣдкихъ примѣровъ, когда глава пользуется у примитивнаго народа широкой властью, (какъ среди полинезійцевъ (Ellis, Polinesian Researches, III, 123), таити (E. Delessert, Voyages dans les deux océans, p. 251) и меалала (Steinmetz, Rechtsverhältnisse, p. 280), и гдѣ возстаніе противъ этой власти является преступленіемъ. Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ преступленіе измѣны сводится къ одному виду, который можно назвать присоединеніемъ къ публичнымъ врагамъ народа. Для понятія его необходимо, чтобы врагу было оказано активное содѣйствіе въ войнѣ съ трибой или путемъ усиленія его рядовъ, или выдачей ему военныхъ секретовъ; иногда, впрочемъ, достаточнымъ является отказъ помочь трибѣ въ борьбѣ съ внѣшнимъ врагомъ. Такъ, мы находимъ примѣры, когда наказывается задержаніе военныхъ припасовъ; не рѣдки случаи покаранія казнью трусости во время войны, какъ то наблюдается у племени канзасъ (Hunter, Manners and customs of Indian Tribes, p. 306).

Этотъ двойственный взглядъ на примитивное понятіе измѣны напоминаетъ знакомое мѣсто изъ Тацита—Proditores et transfugas arboribus suspendunt, ignavos et imbelles et corpore infamos coeno et palude injecta insuper crate mergunt“ [1]).

Раннее установленіе наказанія за измѣну допускаетъ нѣсколько объясненій. Измѣна является однимъ изъ такихъ преступленій, гибельность которыхъ для общины сразу чувствуется каждымъ членомъ, такъ что покараніе ея можетъ разсматриваться до извѣстной степени, какъ организованное выраженіе общественнаго негодованія. Но, съ другой стороны, опасный

[1]) Измѣнниковъ и перебѣжчиковъ вѣшаютъ на деревьяхъ, малодушныхъ, не участвующихъ въ битвѣ и позорныхъ тѣломъ топятъ въ болотѣ, наложивъ сверху хворостъ.

характеръ измѣны настолько великъ, что объясненіе наказанія ея возможно столько же съ утилитарной точки зрѣнія, сколько и съ эмоціональной. Но вопросъ допускаетъ еще болѣе простое рѣшеніе, чѣмъ только-что приведенныя: тотъ, кто примыкаетъ къ врагу—самъ становится врагомъ и какъ съ таковымъ, съ нимъ и обращаются. Этотъ смыслъ очень ясно выступаетъ при разсмотрѣніи значенія примѣнявшагося въ римской древности для обозначенія измѣны термина—perduellio. Слово это образовалось изъ приставки per въ томъ значеніи, которое она имѣетъ въ словахъ—perfidia, perjurium, т.-е. ложное, неправое, и duellum, являвшееся синонимомъ bellum. Первоначальнымъ значеніемъ этого слова является, такимъ образомъ, — неправая, преступная война. Но, такъ какъ каждая война, начинаемая римскимъ народомъ, считалась войною правой, то perduellis считался, во всѣхъ случаяхъ, врагомъ Рима (Mommsen, Römische Strafrecht, p. 538). Въ самомъ дѣлѣ, этотъ терминъ имѣлъ то же значеніе, какъ hostis въ его классическомъ значеніи: hostis apud antiquos peregrinus dicebatur, et qui nunc hostis perduellio [1]), (Festus, Perduellio). Онъ примѣнялся безразлично, какъ къ внѣшнему врагу, такъ и къ римскому гражданину, находившемуся въ войнѣ съ Римомъ. „Согласно римскимъ понятіямъ — пишетъ Hitzig (сб. Mommsen, Kulturvölker)—гражданинъ, учинившій измѣнническій актъ, терялъ право гражданства и разсматривался какъ внѣшній врагъ". И пока эта практика не была измѣнена учрежденіемъ duumviratus perduellionis, согласно преданію, Тулліемъ Гостиліемъ, „анаѳема, провозглашаемая закономъ противъ perduellis, немедленно приводилась въ дѣйствіе, т.-е. могло быть назначено противъ него наказаніе смертью, безъ посредства даже суда (curiae).

[1]) Hostis у древнихъ назывался чужеземецъ, тотъ, кто нынѣ называется врагомъ на войнѣ.

Каждый римскій гражданинъ былъ въ правѣ убить человѣка, виновнаго въ явной измѣнѣ“ (Du Boys. Peuples anciens, p. 253). Подобная же практика господствовала среди нѣкоторыхъ низшихъ племенъ, и можно только спорить о томъ, являлись ли мѣры расправы, примѣнявшіяся къ измѣннику, проявленіемъ военнаго, или собственно-уголовнаго права; даже тогда, когда измѣнникъ приводился на судъ и въ надлежащемъ порядкѣ подвергался осужденію и казни, какъ у вайандотовъ (Powell, Wyandot, p. 67), все же можно доказывать, что порядокъ казни напоминалъ военную расправу. Однако, какъ бы то ни было, совершенно очевидно, что до тѣхъ поръ, пока измѣнникъ признавался публичнымъ врагомъ, убійство его, отдѣльнымъ ли воиномъ, или по судебному приговору, вызывалось утилитарными соображеніями.

Чародѣйство является, вѣроятно, первымъ по времени и, несомнѣнно, самымъ распространеннымъ изъ всѣхъ первобытныхъ преступленій. Вѣра въ способность людей управлять сверхъестественными силами относится къ младенческому періоду человѣческаго общества и сопутствовала ему на всемъ пути цивилизаціи. Еще въ 1640 г. просвѣщенный авторъ Religio Medici писалъ (p. I, sec. 30): „Я всегда вѣрилъ, а теперь и знаю вполнѣ, что вѣдьмы существуютъ“, и только въ 1736 г. преслѣдованія вѣдьмъ были прекращены англійскимъ парламентомъ. Можно сказать, что чародѣйство, какъ преступленіе, существуетъ почти параллельно съ волшебствомъ, какъ предметомъ вѣры: часто общественная реакція, которую оно вызываетъ, выражается въ формѣ суда Линча, а не наказанія. Все же нѣтъ ни одного первобытнаго уголовнаго кодекса, въ которомъ не имѣлось бы этого преступленія, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ, напр., среди племени вагого (Steinmetz, Rechtsverhältnisse, p. 215), весь уголовный кодексъ со-

стоитъ изъ отдѣльныхъ видовъ этого преступленія. Порою чародѣй привлекается къ отвѣтственности только тогда, когда подозрѣваютъ, что онъ причинилъ какой-либо осязаемый вредъ. Такъ очень часто убійство чародѣйными средствами считается общественнымъ преступленіемъ, тогда какъ обыкновенное убійство влечетъ только кровавую месть; въ виду того, что слова имѣютъ магическую силу, предсказаніе смерти лица иногда, напр., у индѣйцевъ племени куна (Reclus, Le Panama et le Darien, p. 212) признается равнозначущимъ убійству человѣка. Среди жителей Тиморскихъ острововъ и другихъ первобытныхъ племенъ причиненіе человѣку болѣзни посредствомъ магіи, хотя бы болѣзнь и не имѣла рокового исхода, признается уголовнымъ преступленіемъ. Такъ какъ нѣкоторыя изъ дикихъ племенъ приписываютъ каждый случай болѣзни и смерти волшебству, то ихъ уголовные суды всегда перегружены, если только не предполагается, какъ то бываетъ обыкновенно, что кто-либо изъ членовъ враждебнаго племени навлекъ дурную чару. Болѣе часто, чѣмъ причиненіе вреда отдѣльнымъ лицамъ, волшебнику приписывается навлеченіе общественныхъ бѣдствій. Его дѣломъ являются эпидеміи, какъ то предполагаютъ нѣкоторыя племена индѣйцевъ (Sproat. Scenes and studies of Savage Life, p. 159). По вѣрованію негровъ Африки (Steinmetz, Rechtsverhältnisse, p. 215, Boston, Lake Regions, p. 664), колдунъ можетъ помѣшать сгущенію тучъ и такимъ образомъ отсрочить наступленіе періода дождей. Но въ большинствѣ случаевъ волшебникъ наказывается не за то, что онъ сдѣлалъ или что приписывается ему, но за то, что̀ онъ изъ себя представляетъ, что́ онъ знаетъ и что́ онъ, слѣдовательно, въ состояніи сдѣлать. Римскій юристъ Павелъ добросовѣстно воспроизводитъ первобытную мысль въ слѣдующемъ отрывкѣ: „Magicae artis conscios summo supplicio affici placuit, id est bestiis

obiici aut cruci suffigi. Ipsi autem magi vivi exuruntur. Libros magicae artis apud se neminem habere licet, et si penes quoscunque reperti sunt, bonis ademptis ambustisque his publice, in insulam deportantur, humiliores capite puniuntur. Non tantum hujus artis professio, sed etiam scientia prohibita est." (Receptarum sententiarum, lib. V tit. XXIII ad leg. Corn. de sic. et ven. par. 17 и 18) [1]).

Дѣйствительно, страхъ предъ волшебствомъ въ первобытномъ обществѣ является столь великимъ, что одно подозрѣніе въ причастности къ нему уже навлекаетъ вину на человѣка. Но не всякій видъ волшебства влечетъ наказанія. Если во власти человѣка пользоваться сверхъестественными силами для выполненія злыхъ умысловъ, то онъ можетъ, съ другой стороны, примѣнять свою власть и для желательныхъ цѣлей. Если волшебникъ, мѣшающій паденію дождя, является злѣйшимъ преступникомъ, то вызыватель дождя является благодѣтелемъ народа. Если путемъ чаръ можно навлечь болѣзнь, — то такимъ же путемъ можно достичь и исцѣленія. И дѣйствительно, первобытный волшебникъ является одновременно и первобытнымъ врачемъ и первобытнымъ священникомъ, а часто онъ же является и признаннымъ служителемъ правосудія, такъ какъ ему приходится открывать подозрѣваемаго виновника преступленія и судить о виновности или невинности лица. Поэтому приводится различіе между „бѣлою" и „черною" магіей, различіе, которое на практикѣ сводится къ различію между вол-

[1]) Знакомые съ тайнымъ искусствомъ подвергались казни посредствомъ растерзанія звѣрей или посредствомъ креста. Сами же маги сожигались живьемъ. Никто не могъ имѣть у себя магическихъ книгъ, и если у кого-либо онѣ были найдены, то тотъ по конфискаціи и сожженіи имущества ссылался на островъ, а люди низшаго званія подвергались казни; не только осуществленіе этой профессіи, но даже знакомство съ нею было воспрещено.

шебниками, пользующимися хорошей репутаціей и пользующимися дурной репутаціей или, порою, между оффиціальными и тайными колдунами. Нѣтъ сомнѣнія въ томъ, что страхъ выковалъ тотъ мечъ, которымъ первобытное общество убивало кудесника. Кудесника убивали потому, что онъ представлялъ опасность для общества. Это именно было основаніемъ наказанія, какъ свидѣтельствуютъ о томъ нѣкоторыя племена. Такъ даяки (Steinmetz. Studien II, 330 со словъ Perelaer) признаютъ казнь необходимой „въ интересахъ общественной безопасности". Въ Гренландіи колдуны и вѣдьмы предаются казни, „потому что они являются источникомъ опасности для всей общины и недостойны жить" (Steinmetz, ibid. p. 334). Столь велико желаніе освободиться отъ колдуна, что на берегахъ Моретонскаго залива туземцы не колеблются выдавать колдуна членамъ враждебнаго племени, если надъ кѣмъ-либо изъ сородичей этого племени онъ практиковалъ свое черное искусство (Lang, The Aborigines of Australia, p. 342). Его сородичи не дѣлаютъ даже попытки освободить его отъ наказанія, но съ радостью даютъ согласіе на казнь, если это согласіе требуется, какъ у гуроновъ (Charlevoix, Histoire de la Nouvelle France, p. 283) или даже сами выполняютъ казнь, какъ у оджибвей (Jones, op. cit., p. 146), не ожидая медленнаго судебнаго рѣшенія, „чтобы не оставаться въ соприкосновеніи со столь ужаснымъ и опаснымъ существомъ", какъ объясняютъ тлинкиты этотъ поступокъ (Steinmetz, Studien, II, 333). Объясненіе, которое мы дали, вполнѣ успѣшно и достаточно рѣшаетъ вопросъ, почему волшебникъ наказывается, почему онъ разсматривается какъ постоянная угроза для общества, а тѣмъ болѣе, когда ему вмѣняется въ вину причиненіе общественнаго бѣдствія. Но, съ перваго взгляда, остается необъясненнымъ тотъ фактъ, почему онъ привлекается къ отвѣтственности

за вредъ, причиненный одному изъ членовъ трибы. На раннихъ ступеняхъ развитія вредъ, причиняемый индивиду, обыкновенно не разсматривается какъ предметъ публичнаго интереса. Почему же общество вмѣшивается въ случаяхъ, когда убійство причинено посредствомъ сверхъестественныхъ силъ, и остается равнодушнымъ, когда оно причинено физическими способами? Это явное противорѣчіе требуетъ объясненія еще и потому, что раннее уголовное право не обращаетъ вниманія на мотивы и средства, а имѣетъ въ виду исключительно результатъ. Первымъ представляющимся объясненіемъ является то, что человѣкъ, обыкновенно могущій защищаться противъ нападенія врага, котораго онъ встрѣчаетъ лицомъ къ лицу, является безпомощнымъ противъ неизвѣстнаго врага, который, скрытый въ безопасности, пускаетъ въ него невидимыя стрѣлы, обладающія сверхъестественной силой, которой вообще человѣкъ не въ состояніи сопротивляться. Такъ какъ храбрость и мужество являются качествами, цѣнными для племени вообще, то можно было бы сказать, что было бы политически правильнымъ для группы предоставлять индивиду полагаться на свои силы при отраженіи силы силою и вмѣшиваться въ минуту, когда индивидуальныя усилія уже не помогаютъ. Но давать такое объясненіе значитъ признавать за дикими такой политическій геній, которымъ они едва ли обладаютъ. Кромѣ того, можно было бы сказать, что въ самой идеѣ убійства посредствомъ чаръ таится нѣчто опасное, и видъ жертвы самъ по себѣ долженъ несомнѣнно вызвать въ каждомъ изъ членовъ представленіе „hodie tibi, cras mihi“ [1]) и стремленіе освободиться отъ врага, въ присутствіи котораго никто не могъ считать себя въ безопасности. Этотъ аргументъ даетъ объясненіе дѣйствію членовъ трибы ut singuli, т.-е. ихъ расправѣ

[1]) Сегодня тебѣ, завтра—мнѣ.

безъ суда, но не указываетъ, почему наказаніе его происходитъ посредствомъ правильно организованной власти трибы. На самомъ дѣлѣ, общественная безопасность является и въ данномъ случаѣ руководящимъ принципомъ при наказаніи волшебства. По этому взгляду истиннымъ основаніемъ наказанія является то, что колдунъ является существомъ, опаснымъ для всей трибы, и вредъ, причиненный имъ тому или другому лицу, есть только внѣшнее проявленіе присущихъ ему злыхъ качествъ. Страхъ предъ кудесниками, является, такимъ образомъ, лишь страхомъ передъ магіей, ужасомъ предъ тѣми тайными силами, которыя онъ можетъ вызвать, не будучи въ состояніи затѣмъ остановить или направить ихъ.

Святотатство, какъ первобытное преступленіе, состоитъ въ учиненіи такихъ дѣйствій, которыя могутъ затронутъ матеріальное благосостояніе тѣхъ сверхъестественныхъ существъ, передъ которыми питаетъ страхъ племя. Примѣрами этого преступленія могутъ служить убійство и употребленіе въ пищу священнаго животнаго, въ которомъ воплощено божество, разбитіе камня-фетиша, загрязненіе колодца, въ которомъ обитаетъ духъ, поврежденіе дерева, служащаго ему жилищемъ, разрушеніе могилы, вокругъ которой витаетъ душа, уничтоженіе идола и т. д. Нетрудно понять, почему такія дѣйствія караются группой. Съ самаго ранняго времени человѣкъ представлялъ себѣ божество по своему подобію, и въ сферѣ психологіи и нравственности первобытный антропоморфизмъ былъ еще болѣе силенъ, чѣмъ въ области тѣлесныхъ аналогій. Какъ замѣчалъ еще Юмъ, въ человѣчествѣ имѣется общая склонность представлять себѣ всѣ существа подобными себѣ и переносить на всякій объектъ тѣ качества, которыя имъ близки и которыя лучше всего ими сознаются. Поэтому дикарь не видитъ ни-

чего страннаго въ приписываніи сверхъестественнымъ существамъ человѣческихъ мыслей и поведенія, и переноситъ ихъ даже на животныхъ, растенія и неодушевленные предметы. Эти объекты ведутъ себя такъ же, какъ самъ дикарь велъ бы себя при подобныхъ обстоятельствахъ; они такъ же ревностно охраняютъ свои права и мстятъ за причиненныя имъ обиды, какъ и онъ самъ; при этомъ месть ихъ обрушивается не только на самого нарушителя, а и на всю группу, къ которой нарушитель принадлежитъ. Отсюда слѣдуетъ, что вся группа должна уплатить за вредъ, причиненный сверхъестественному существу однимъ изъ членовъ группы. Божество, поскольку оно имѣетъ земное жилище и осязаемую форму, отнюдь не защищено отъ посягательствъ со стороны человѣка. Но власть божества причинять зло настолько безгранично больше соотвѣтственной силы человѣка или группы людей, что было бы безуміемъ рисковать навлечь его месть. Поэтому триба поступаетъ такъ, какъ она поступила бы, если бы кто-либо изъ ея сочленовъ навлекъ вражду со стороны другой трибы, но столь могущественной, что сопротивленіе ей могло бы казаться совершенно безнадежнымъ. Ради своей собственной безопасности она выдаетъ виновнаго противнику или порываетъ съ нимъ связь, изгоняя изъ группы. Таковъ смыслъ наказанія за святотатство; цѣлью его является освобожденіе группы отъ коллективной отвѣтственности передъ сверхъестественнымъ существомъ за преступленіе, учиненное однимъ изъ членовъ группы.

Первобытная религія такъ тѣсно переплетается съ магіей, что, изучая преступленія противъ религіи, отличныя отъ святотатства, мы не должны терять изъ виду этой близости. Нѣкоторыми изъ современныхъ писателей сдѣланы были попытки провести строгую разграничительную линію между магіей и религіей.

Такъ, Фразеръ различаетъ магію, гдѣ сверхъестественные процессы подчиняются извѣстнымъ законамъ и гдѣ одинаковыя причины вызываютъ одинаковыя слѣдствія, отъ анимизма, гдѣ дается полный просторъ капризу духовъ. По мнѣнію Вестермарка, различіе между магіей и религіей заключается въ различіи между такими сверхъестественными феноменами, которые, подобно физическимъ явленіямъ, признаются какъ бы проявленіями энергіи, освобождающейся безъ вмѣшательства воли, и такими, которыя приписываются волѣ сверхъестественныхъ существъ. Однако, какъ ни цѣнны эти признаки различія для научной разработки, ихъ нельзя примѣнить цѣликомъ къ вѣрованіямъ первобытнаго человѣка. Въ сознаніи дикаря оба класса сверхъестественныхъ явленій незамѣтно переходятъ другъ въ друга и тѣсно переплетаются другъ съ другомъ. Сами духи представляются преисполненными магической энергіи, и однимъ изъ самыхъ страшныхъ ихъ орудій являются проклятія, дѣйствіе которыхъ является чисто магическимъ. Даже на сравнительно болѣе высокихъ ступеняхъ религіозной мысли, напр., въ писаніяхъ Веды не всегда возможно проводить различіе между вліяніемъ сверхъестественной механической силы и проявленіями мрачной личности демоновъ. Но, во всякомъ случаѣ, извѣстно, что окружающая первобытнаго человѣка обстановка, земля, воздухъ, вода полны магическихъ силъ, которыя могутъ быть приведены въ движеніе волей человѣка или духа, а съ другой стороны, которыя могутъ получить активность совершенно нечаянно поведеніемъ человѣческихъ существъ. Поступки людей являются весьма вліятельными факторами причиненія добра и зла, и потому они раздѣляются на счастливые и несчастливые, соотвѣтственно характеру сверхъестественной энергіи, которую они вызываютъ. Чѣмъ больше интенсивность освобождае-

мой энергіи, тѣмъ шире кругъ, въ предѣлахъ котораго ощущается толчокъ, причемъ центромъ всегда является учинитель поступка. Поступокъ можетъ принести несчастье только учинившему его, или же можетъ навлечь вмѣстѣ съ тѣмъ бѣдствіе на его семью, родъ, племя. Тѣ виды поведенія, которые угрожаютъ серьезной сверхъестественной опасностью всей группѣ, запрещаются подъ страхомъ наказанія, иными словами, являются первобытными преступленіями. Но это не все. Ближайшимъ послѣдствіемъ злодѣянія является то, что учинившій его становится нечистымъ. Вина, если можно сказать такъ, представляется въ видѣ какого-то оскверняющаго вещества, которымъ пропитывается немедленно по учиненіи преступленія виновникъ преступленія. Магическое вещество какъ бы испускаетъ токи, поглощаемые какъ одушевленными, такъ и неодушевленными предметами, и способные разрушить все, съ чѣмъ они входятъ въ соприкосновеніе. Благодаря своей силѣ проникновенія, они могутъ дѣйствовать на разстояніи и производить послѣдствія въ отдаленныхъ мѣстахъ, гдѣ ихъ менѣе всего ожидали. Преступникъ, какъ бы носящій въ себѣ заразу, очевидно, представляется большой опасностью для группы. Если ядъ является болѣе или менѣе испаряющимся, то преступникъ можетъ быть освобожденъ отъ него очищеніями, постомъ и другими церемоніями, которымъ придается магическая дезинфицирующая сила. Но если ядъ является устойчивымъ, исчезающимъ не скоро, то ничто не въ состояніи обезпечить безопасность общества, кромѣ уничтоженія преступника или изгнанія его изъ группы. Поэтому, поскольку поступокъ является преступленіемъ въ силу его губительныхъ магическихъ послѣдствій, покараніе его является въ дѣйствительности мѣрой общественной гигіены. И пока взгляды, подобные изложеннымъ, держатся въ обществѣ, вполнѣ понятно, что наказаніе

1947/187

постигаетъ не только людей, но и животныхъ и даже неодушевленные предметы. Магическій элементъ замѣтенъ въ такихъ преступленіяхъ религіознаго характера, какъ: употребленіе запрещенныхъ пищи или питья; для женщинъ и дѣтей—созерцаніе обрядовъ принятія въ общество или даже приближеніе къ мѣсту, гдѣ такіе обряды совершаются; нарушеніе законовъ о табу; впрочемъ, даже въ этихъ примѣрахъ магическій элементъ переплетается съ анимистическими представленіями. Хорошая иллюстрація имѣется въ юриспруденціи племенъ галеля и тобелорезе, которые наказываютъ нарушителей правилъ трибы относительно пищи на томъ основаніи, что люди, употребляющіе въ пищу извѣстные предметы, превращаются въ suwangi, т.-е. въ демоновъ, пожирающихъ человѣческія души (Ridel, „Galela“. Zeitschr. f. Etnologie, 1885, s. 66).

Первобытныя божества вмѣшиваются въ поведеніе людей, прежде всего, только постольку, поскольку оно затрагиваетъ ихъ собственное благосостояніе. Однако, въ силу постоянной связи, существующей между ними и ихъ поклонниками, неудовольствіе божествъ можетъ быть вызвано и такими дѣйствіями, которыя не являются для нихъ непосредственно вредными. По отношенію къ нѣкоторымъ дѣйствіямъ они настолько чувствительны, что обрушиваютъ свой гнѣвъ на всю группу. Чтобы избѣгнуть наказанія отъ рукъ сверхъестественнаго существа, группа не имѣетъ иного средства, какъ поступить такъ же, какъ она поступаетъ въ случаяхъ святотатства. Но въ то время, какъ при гнѣвѣ духовъ въ случаяхъ, когда затронуты ихъ собственныя права, легко произвести разсчетъ, значительно труднѣе понять, почему они пришли въ безпокойство въ случаяхъ, когда ихъ благополучіе не затронуто. Наиболѣе частымъ и простымъ объясненіемъ является то, которое исходитъ изъ антропоморфическихъ понятій первобытнаго чело-

вѣка. „Всякій поступокъ, который дикарь признаетъ непріятнымъ для духа, котораго онъ боится, въ какомъ-нибудь отношеніи, не нравится ему самому“ (Wake, I, p. 334). Чтобы стать непріятнымъ для божества, онъ долженъ раньше стать непріятнымъ для группы. Другими словами, общественное негодованіе является источникомъ вѣры въ божескій гнѣвъ. Слѣдуетъ имѣть въ виду, что нравственное негодованіе находитъ свое выраженіе въ наказаніи лишь далекимъ и обходнымъ путемъ: преступленіе противъ нравственныхъ заповѣдей не становится наказуемымъ до тѣхъ поръ, пока оно не станетъ ненавистнымъ какому-либо высшему существу въ такой же мѣрѣ, какъ и человѣку. Но приведенное только-что объясненіе, являясь, несомнѣнно, правильнымъ для ряда случаевъ, несомнѣнно, не покрываетъ всей области, нуждающейся въ объясненіи, и, кромѣ того, само нуждается въ поясненіи, такъ какъ неясно, почему и какими путями дикарь начинаетъ приписывать свои собственныя чувства сверхъестественнымъ существамъ. Ибо духи, которыхъ онъ боится, въ отличіе отъ національныхъ божествъ у народовъ, стоящихъ на высшей степени цивилизаціи, не являются хранителями нравственности или ея первобытнаго эквивалента—обычая, и не отожествляютъ себя со своими поклонниками. Поскольку такими божествами признаются безтѣлесныя души умершихъ членовъ группы, теорія продолженія психики въ достаточной степени объясняетъ то, что они продолжаютъ испытывать негодованіе по поводу поступковъ, возбуждающихъ живыхъ членовъ группы. Но духи, изъ которыхъ состоитъ первобытный безтѣлесный міръ, являются большею частью душами предковъ, семейными призраками, почитаемыми лишь ихъ потомками, но лишенными силы приносить вредъ всему племени; и хотя могущественный воитель или искусный руководитель на охотѣ

могъ случайно находить себѣ мѣсто на первобытномъ Олимпѣ, все же почитаніе героевъ не относится вообще къ ранней фазѣ религіознаго развитія. По общему правилу, первобытные духи, по крайней мѣрѣ, тѣ, которыхъ слѣдуетъ остерегаться по серьезнымъ практическимъ соображеніямъ, далеко не испытываютъ симпатіи къ племени, а, напротивъ того, являются враждебными демонами, коварными и жестокими, воплощающими въ себѣ всѣ анти-соціальныя свойства. Для того, чтобы намѣтить дѣйствительную роль, которую они играли въ первобытномъ уголовномъ правѣ, мы должны будемъ обратиться къ иному представленію о психологіи первобытнаго человѣка.

Очень часто указывали на ту монотонную жизнь, которую приходится вести дикарю. Всякое происшествіе, нарушающее ее, какъ бы незначительно оно ни было, служитъ главной темой для разговоровъ цѣлые дни и недѣли. Точно такъ же и всякое дѣйствіе человѣка, выходящее хоть сколько-нибудь изъ общаго уровня, способно привлечь большое вниманіе и отпечататься въ памяти съ живостью, часто совершенно несоотвѣтствующею его значенію. И вотъ какое-либо неожиданное бѣдствіе обрушивается на небольшое племя или какое-либо явленіе природы глубоко возбуждаетъ эмоціи членовъ племени. Что можетъ быть болѣе естественнымъ, чѣмъ связать цѣпью причины и слѣдствія два чрезвычайныхъ явленія? Для некритическаго ума post hoc—ergo propter hoc всегда является убѣдительнымъ. Поступокъ оскорбилъ какого-либо могущественнаго духа, который изливаетъ свой гнѣвъ на племя. Фактъ очевиденъ, нужно лишь влить содержаніе въ вопросы: „почему“ и „какъ“. Дикаря интересуетъ практическій вопросъ, какъ остановить катастрофу. Всѣ усилія дѣлаются съ тѣмъ, чтобы смягчить божество, но они остаются безплодными. Становится все болѣе и

болѣе яснымъ, что ничто не можетъ успокоить гнѣва божества, кромѣ смерти лица, навлекшаго его неудовольствіе. Въ теченіе долгаго времени товарищи этого человѣка борятся противъ этого убѣжденія, которое, однако, съ каждымъ днемъ становится сильнѣе и сильнѣе, пока, наконецъ, этотъ человѣкъ не приносится въ жертву. И вотъ — землетрясеніе прекращается, эпидемія вымираетъ, дождь падаетъ изъ тучъ. Заключеніе провѣрено ходомъ событій и оказалось правильнымъ. Вѣдь никто, видѣвшій его своими глазами и слышавшій своими ушами, не станетъ провѣрять его снова. Поступокъ могъ быть совершенно безразличнымъ съ нравственной точки зрѣнія, ни одобряемымъ, ни неодобряемымъ обычаемъ, по той причинѣ, вѣроятно, что о немъ или не думали или даже онъ возникъ впервые. Этотъ поступокъ не является собственно нарушеніемъ, и участь совершившаго его является не наказаніемъ, а мѣрою самосохраненія, предписанной группѣ желѣзною необходимостью. Но отнынѣ такой поступокъ становится уже грѣхомъ и преступленіемъ и остается таковымъ, хотя бы частная форма божественной санкціи была забыта. И всякій, кто въ будущемъ совершитъ его, съ полной справедливостью признается грѣшникомъ и преступникомъ, ибо онъ умышленно посягаетъ на то, что можетъ вызвать гнѣвъ божества и подвергнуть опасности общество, въ которомъ онъ живетъ. Тотъ же результатъ можетъ наступить и безъ вмѣшательства божества. Ибо каждый необычный актъ, подобно всякому другому незнакомому явленію, чреватъ магическими вліяніями, и публичное бѣдствіе можетъ быть отнесено на счетъ гибельныхъ механическихъ силъ, освобождаемыхъ этимъ актомъ, какъ въ первомъ случаѣ оно относится къ мести духа.

„Θαυμξείν“ —изумленіе передъ неожиданнымъ, страннымъ, незнакомымъ, повидимому, играетъ большую

роль въ возникновеніи магіи и религіи, а также косвеннымъ образомъ въ возникновеніи уголовнаго права и философіи. Наше изслѣдованіе преступленій противъ религіи подтверждаетъ положеніе Генри Мэна о томъ, что рѣшенія суда старѣе законовъ и даже обычаевъ; мы видѣли, что рѣшенія суда, вмѣсто того, чтобы опираться на обычаи, сами составляютъ основу для обычаевъ. Но есть и оборотная сторона медали. Дикарь опутанъ обычаемъ, регулирующимъ каждую деталь его жизни и предписывающимъ опредѣленное поведеніе во всевозможныхъ обстоятельствахъ; а поскольку соблюденіе всѣхъ обычаевъ группы является обыденнымъ дѣломъ, всякое отступленіе, даже легкое, отъ установленныхъ правилъ поведенія сразу пріобрѣтаетъ характеръ чрезвычайнаго, поражающаго событія, а потому неизбѣжно ставится въ связь съ религіей и магіей. И такимъ путемъ, мы утверждаемъ, общепринятыя правила нравственности получаютъ сверхъестественную, а чрезъ посредство нея и уголовную санкцію.

Если мы нѣсколько подробнѣе остановились на религіозныхъ преступленіяхъ, то только потому, что большинство преступленій, караемыхъ въ первобытномъ обществѣ, влекутъ наказаніе вслѣдствіе ихъ религіознаго или магическаго значенія.

Тѣсная связь, существующая между нашею половою жизнью и религіозной стороной нашей природы, столь хорошо извѣстна историкамъ религіи, психологамъ и психіатрамъ, что читателя не должно поразить утвержденіе, что преступленія противъ половой нравственности имѣютъ сначала религіозный отпечатокъ. Еще недавно даже въ христіанскихъ странахъ они перестали относиться къ области церковной юрисдикціи. Съ другой стороны, ощущенія и эмоціи, вызываемыя половымъ инстинктомъ, и явленія, связанныя съ его удовлетвореніемъ, полны тайны и для цивилизованнаго

человѣка, не только для дикаря. На раннихъ ступеняхъ развитія человѣческой мысли магическія свойства придаются тому, что необъяснимо опытомъ внутренней жизни, наравнѣ съ необъяснимыми явленіями внѣшняго міра. Не удивительно, поэтому, что правила относительно брака признаются особенно священными и что половыя отношенія между лицами, которымъ запрещено вступать другъ съ другомъ въ бракъ, считаются преступленіями особо тяжкаго свойства. Такъ, кровосмѣшеніе занимаетъ видное мѣсто въ уголовныхъ кодексахъ примитивныхъ народовъ, что объясняется, по мнѣнію Поста (Grundriss, II, 388), исключительно шаманскими представленіями о томъ, „что оно оскорбляетъ духовъ и навлекаетъ бѣдствіе на страну.“По мнѣнію дайяковъ, оно оскверняетъ всю деревню, въ которой оно учинено (Steinmetz, Etnol. Studien, II, 336). Горные дайяки дѣлаютъ кровосмѣсителя отвѣтственнымъ за всякое несчастье, которое затѣмъ обрушивается на трибу (Low, Sarawack, p. 301). Макассары и бугинезы считаютъ кровосмѣшеніе единственной причиной неурожаевъ (Wilken, Globus, LIX 22). Южныя племена Сѣверной Америки „смотрятъ на кровосмѣшеніе, какъ на серьезное преступленіе противъ религіи, навлекающее проклятія боговъ,“ и поэтому караютъ его смертною казнью (Kohler, Nordamerika). Алеуты считаютъ дѣтей, родившихся отъ такой связи, ужасными созданіями, обладающими зубами акулы, бородами и другими всяческими уродствами (Petroff, Report on Population of Alaska, 1884 p. 155). Слѣдуетъ при этомъ имѣть въ виду, что у примитивныхъ народовъ всякія уродства признаются центромъ скопленія вредоносной магической энергіи. Если мы понимаемъ подъ кровосмѣшеніемъ половое смѣшеніе въ недозволенныхъ степеняхъ родства, то слѣдуетъ обратить вниманіе на тотъ фактъ, что на низшихъ ступеняхъ культуры это за-

прещеніе, по общему правилу, покрываетъ значительно большую область, чѣмъ то наблюдается въ современныхъ обществахъ. У туземцевъ острововъ Мортлока (Kubary, Die Bewohner der Mortlock Inseln, 1878, p. 251), оно охватываетъ всю трибу, такъ что кровосмѣшеніе можетъ быть опредѣлено, какъ нарушеніе правилъ экзогаміи. Но въ то время, какъ кровосмѣшеніе въ этомъ широкомъ смыслѣ слова подвергаетъ виновнаго почти вездѣ суровымъ публичнымъ карамъ, правила эндогаміи почти никогда не обложены уголовной санкціей. Можно думать, что чувство отвращенія, порождаемое одною только мыслью о неестественномъ удовлетвореніи полового желанія, въ народѣ со здоровыми инстинктами вызываетъ вѣру въ то, что столь мерзкій поступокъ явится источникомъ осквернения и опасности отъ сверхъестественныхъ силъ для общества, въ которомъ онъ имѣетъ мѣсто. Противоестественныхъ пороковъ, мужеложства и скотоложства, обыкновенно первобытные уголовные суды не разсматриваютъ. Прелюбодѣяніе и соблазнъ, по общему правилу, разсматриваются, какъ частныя обиды, какъ незаконное вмѣшательство въ право собственности мужа или отца, причемъ первое приравнивается къ furtum usus,—кражѣ пользованія, а второе къ уменьшенію рыночной стоимости дѣвушки при бракѣ. Въ большинствѣ случаевъ, когда указывается на наказуемость ихъ, мы имѣемъ дѣло, въ сущности, съ кровосмѣсительной связью, которая и придаетъ уголовный характеръ дѣянію. Эта истина вполнѣ выяснена Спенсеромъ и Гилленомъ (Australian Tribes, p. 99) въ ихъ описаніяхъ половыхъ отношеній, господствующихъ у австралійскихъ туземцевъ. „Если половая связь—пишутъ они—имѣетъ мѣсто съ женщиной, принадлежащею къ тому классу, изъ котораго происходитъ его жена, то тогда онъ называется atna nylka (т.-е. похититель чрева); если же связь происходитъ съ женщиной,

сношенія съ которой воспрещены, онъ называется iturka, т.-е. самымъ оскорбительнымъ терминомъ на австралійскомъ языкѣ. Въ первомъ случаѣ онъ является только похитителемъ собственности, во второмъ онъ—нарушитель закона трибы". Имѣются, однако, случаи прелюбодѣянія, вызывающія общественную реакцію въ качествѣ таковыхъ, какъ то наблюдается, напр., у карибовъ (Steinmetz, Etnol. Studien, II, 344), гдѣ эта реакція выражается чаще въ саморасправахъ толпы, чѣмъ въ публичныхъ карахъ. Свахели разсматриваютъ прелюбодѣяніе, какъ серьезное преступленіе, потому что оно мѣшаетъ успѣху при охотѣ на слоновъ и буйволовъ (Livingstone, Last Journals, II, 23), а карены—потому, что оно вредитъ урожаю (Mason, Religion among the Karens, Journ. Royal Soc, 1868, p. 150), батаки—потому что оно приноситъ несчастье (Steinmetz., op. cit., II, 357) и во всемъ Малайскомъ Архипелагѣ, „при большихъ общественныхъ бѣдствіяхъ, лица, виновныя въ прелюбодѣяніи и кровосмѣшеніи, предаются казни для умилостивленія боговъ" (Ratzel, I, 451). Еще рѣже, чѣмъ прелюбодѣяніе, облагается наказаніемъ соблазнъ. Оба дѣянія считаются публичными преступленіями у карачаевъ (Steinmetz, op. cit., II, 345), тогда какъ малайцы о. Суматры разсматриваютъ соблазнъ и какъ гражданскій деликтъ и какъ преступленіе; послѣднимъ оно признается потому, „что пятно должно быть смыто съ земли" (Wake, I, 389). Обыкновенно же это дѣяніе затрагиваетъ только отца дѣвушки, который требуетъ или мести, или денежнаго вознагражденія. Не дѣлаетъ разницы и то обстоятельство, прибѣгъ ли соблазнитель къ силѣ, или нѣтъ, и только карены, въ качествѣ единственнаго исключенія, караютъ изнасилованіе. Каждый разъ, какъ то или иное нарушеніе, связанное съ половою жизнью, облагается наказаніемъ у того или иного первобытнаго народа, мотивомъ служатъ маги-

ческія или религіозныя понятія. Такъ, вытравленіе плода является преступленіемъ у боресовъ, такъ какъ оно влечетъ вспышку заразныхъ болѣзней въ деревнѣ (Southey, History of Brasil, III, 207).

Дѣйствительно, столь тѣсной является въ представленіи первобытныхъ народовъ связь нарушеній половой нравственности съ дѣйствіемъ сверхъестественныхъ силъ, что она замѣтна и тогда, когда и не порождаетъ наказаній. Приведу лишь одинъ примѣръ. Сибуяны о. Борнео разсматриваютъ половую безнравственность, какъ преступленіе противъ боговъ племени, и если дѣвушка становится матерью до брака, ихъ гнѣвъ неизбѣжно обрушится на всю деревню, если только богамъ не будетъ принесена въ жертву свинья (Wake, I, 389). И если кто-либо заболѣетъ или въ теченіе мѣсяца послѣ того съ нимъ произойдетъ какая-либо несчастная случайность, онъ въ правѣ предъявить къ любовникамъ дѣвушки искъ о вознагражденіи, какъ если бы несчастье было причинено ими; а если кто-либо умретъ, то родственники отыскиваютъ вознагражденіе съ нихъ за умершаго“.

Первобытная токсикологія является отраслью магіи. Тайное, роковое дѣйствіе ядовъ и лѣчебное дѣйствіе лѣкарствъ въ одинаковой мѣрѣ приписываются сверхестественнымъ особенностямъ этихъ средствъ, приданнымъ имъ или въ мастерской природы или въ котлѣ вѣдьмы. Колдунъ знаетъ, гдѣ найти ихъ, какъ приготовить и какъ дать ихъ человѣку для его выздоровленія или гибели. Эти вѣрованія дѣлаютъ добраго волшебника врачемъ, а отравителя—злымъ волшебникомъ. Не столько общее уваженіе къ человѣческой жизни, сколько общій ужасъ передъ черной магіей заставляетъ включить убійство посредствомъ отравленія въ списокъ первобытныхъ преступленій. Здѣсь такъ же, какъ и при вѣдовствѣ, не всегда тре-

буется, чтобы причиненъ былъ дѣйствительный вредъ; среди нѣкоторыхъ низшихъ расъ, напр., кареновъ, одно знаніе ядовъ или обладаніе ими признается общественно-опаснымъ и влечетъ соотвѣтственную кару. Столь тѣсной является связь отравленія и волшебства въ примитивномъ сознаніи, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ мы не находимъ прямыхъ указаній на наказуемость перваго, мы можемъ быть увѣрены, что она вытекаетъ изъ наказуемости волшебства.

Нарушеніе охотничьихъ правилъ и обычаевъ образуетъ послѣднюю группу, подлежащую нашему разсмотрѣнію. Отдѣльные примѣры наказуемости этихъ дѣяній могутъ быть приведены изъ различныхъ странъ свѣта. Но среди американскихъ индѣйцевъ запреты эти достигаютъ наиболѣе подробнаго и систематическаго развитія. Для краснокожихъ охота на бизоновъ всегда была дѣломъ особенной важности, имѣющимъ наивысшій интересъ для всего племени. Поэтому охота была подчинена очень подробнымъ правиламъ, нарушеніе которыхъ признавалось преступленіемъ, влекущимъ отлученіе преступника отъ племени (Charleroix Journal, v. 192). Необходимость охранять средства существованія общества, повидимому, явилась достаточной причиной для включенія этихъ дѣяній въ число уголовныхъ преступленій и для суровой наказуемости ихъ. Это впечатлѣніе усилится, если мы обратимъ вниманіе на то, что среди мотивовъ, которыми руководятся первобытныя расы при покараніи различныхъ преступленій, забота о надлежащемъ обезпеченіи группы пищею играетъ не малую роль. Но, правда, часто между отдѣльными караемыми нарушеніями правилъ охоты и дурнымъ результатомъ охоты читатель сможетъ установить столь же мало причинной связи, какъ между кровосмѣшеніемъ и плохимъ урожаемъ. И мы снова приходимъ къ выводу, что здѣсь играли роль магиче-

скія и религіозныя идеи. Насъ не такъ уже поразитъ поэтому указаніе, что маги, назначая особыхъ судей для суда и наказанія тѣхъ, которые пугаютъ стадо до того, какъ началась охота, признаютъ это преступленіе однимъ изъ видовъ святотатства (James, Expedition to Rocky Mountains, II, 208).

Суммируя наше изслѣдованіе о первобытныхъ преступленіяхъ, мы можемъ сказать, что въ каждомъ случаѣ мотивомъ организованной общественной реакціи является забота объ общемъ благѣ. При измѣнѣ, лежащей, какъ мы видѣли, на границѣ между уголовнымъ и военнымъ правомъ, мотивомъ этимъ является забота о безопасности племени отъ внѣшняго врага. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ можно въ качествѣ причины указать на страхъ неурожая. Но главнымъ источникомъ для возникновенія публичныхъ наказаній является страхъ передъ сверхъестественными силами, губительное вліяніе магіи и мести духовъ. Мы можемъ такимъ образомъ сдѣлать три слѣдующія заключенія:

1) Наказаніе было утилитарнымъ съ самаго начала;

2) Въ основѣ эмоціи, породившей наказаніе, лежитъ страхъ, а не негодованіе;

3) Уголовное право зародилось подъ эгидой религіи.

Хотя и другіе факторы помогали сѣменамъ уголовнаго права развиваться, но, тѣмъ не менѣе, правильно лишь то положеніе, что религіозныя идеи, страхи и чувства были главнымъ источникомъ ихъ. Мы понимаемъ теперь, почему Генри Мэнъ, признавая „обиліе гражданскихъ деликтовъ въ первобытной юриспруденціи“ и указывая, что „понятіе грѣха не оставалось ей также неизвѣстнымъ“, былъ не въ состояніи намѣтить общій типъ преступленія. Совершенно невозможно различать категоріи грѣха и преступленія тогда, когда

грѣхи являются первыми актами, караемыми какъ преступленія, а преступленія—первыми грѣхами. Мы не можемъ, поэтому, согласиться съ тѣми авторами, которые, какъ Дюбуа, разсматриваютъ религіозный элементъ, какъ позднѣйшее наслоеніе на существовавшемъ ранѣе пластѣ уголовнаго права. И если Ферри утверждаетъ, что преступленіе затѣмъ превратилось въ грѣхъ, мы готовы подписаться подъ обратнымъ положеніемъ о томъ, что грѣхъ, не переставая оставаться грѣхомъ, превратился въ преступленіе.

Глава II.

Первыя наказанія.

Начавъ съ вопроса „каковы были первыя преступленія?“, мы пришли къ заключенію, что идея публичнаго правонарушенія зародилась въ кругу магическихъ и религіозныхъ понятій. Теперь мы переходимъ къ вопросу о томъ, „каковы были первыя наказанія?“, и, какъ мы увидимъ, рѣшеніе этого вопроса болѣе чѣмъ подтвердитъ выводы, полученные предшествующимъ разслѣдованіемъ. Такъ какъ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда тускнѣлъ сверхъестественный характеръ преступленія, наказаніе часто удерживало признаки своего первоначальнаго происхожденія.

Въ литературѣ первобытной уголовной юриспруденціи въ качествѣ наказаній перечисляютъ удары палкою, тяжелымъ орудіемъ, плетью, ремнями, цѣпями, выставленіе на позоръ, наложеніе денежныхъ пеней, уплачиваемыхъ скотомъ или другими принятыми въ обиходѣ деньгами. Однако, исчерпывающее и критическое разсмотрѣніе вопроса показываетъ, что всѣ приведенные способы наказаній являются не чѣмъ инымъ, какъ актами расправы толпы, которая выра-

жаетъ свое моральное осужденіе въ словахъ и дѣйствіяхъ, или же вознагражденіемъ, даваемымъ потерпѣвшему; подлинными же публичными наказаніями, налагаемыми организованною властью племени, являются только двѣ мѣры: смертная казнь и ссылка, при чемъ первая преобладаетъ. Оба наказанія являются способами освобожденія общины отъ преступника. Для того, чтобы найти мотивъ, заставляющій первобытныя общества освобождаться отъ преступниковъ, мы возьмемъ въ качествѣ отправной точки зрѣнія наказаніе, назначаемое противъ колдуна, и характеризуемъ обстоятельства, сопровождающія его казнь. Вѣдовство является преступленіемъ, распространеннымъ среди большинства низшихъ расъ, и наказаніе, назначаемое за него, даетъ достаточное основаніе для надежныхъ обобщеній. Болѣе того, если высказанныя раньше соображенія правильны и страхъ предъ сверхъестественными силами является главнымъ источникомъ наказанія въ дѣлахъ о вѣдовствѣ, какъ и при многихъ другихъ преступленіяхъ, то участь, постигающая виновнаго въ черной магіи, не можетъ не пролить обильнаго свѣта и вообще на смыслъ первобытныхъ наказаній.

„Наказанія, постигающія колдуновъ — пишетъ Постъ (Grundriss, II, 395) — съ трудомъ могутъ быть названы наказаніями. Они суть „акты уничтоженія“. Это заявленіе полностью подкрѣпляется фактами. По общему правилу, самъ колдунъ предается смерти; его жена, дѣти, а иногда и всѣ его родственники, раздѣляютъ его судьбу; его домъ сожигается или разрушается, а движимое имущество предается уничтоженію. Такая санкція, искореняющая все, что связано съ виновнымъ, сразу наводитъ на мысль, что она продиктована желаніемъ устранить заразу, передаваемую чрезъ прикосновеніе или по наслѣдству, а детальное изслѣ-

дованіе дѣйствій, изъ которыхъ слагается это наказаніе, вполнѣ подтверждаетъ это мнѣніе. Мы считаемъ полезнымъ остановиться на этихъ частностяхъ, такъ какъ отдѣльныя стороны ихъ сохраняются въ качествѣ пережитковъ и въ тѣ времена, когда первоначальное значеніе ихъ уже забыто.

Въ отношеніи самого колдуна наказаніемъ всегда является смертная казнь. Способъ выполненія ея разнообразится у каждаго племени и не обнаруживаетъ какихъ-либо особенно поучительныхъ характерныхъ чертъ, кромѣ, развѣ, туземцевъ Калифорніи, у которыхъ церемоніалъ казни, какъ онъ описанъ Турнеромъ (Samoa, p. 343), весьма сближаетъ казнь съ человѣческимъ жертвоприношеніемъ. Здѣсь колдунъ, послѣ того, какъ онъ осужденъ, приглашается на общественный пиръ. Его голова и ноги украшаются цвѣтами и шкурами, все тѣло раскрашено въ черный цвѣтъ. Вдругъ онъ вскакиваетъ, пробирается черезъ собравшуюся толпу и бросается со скалы въ море. Водная могила, уготованная для колдуна, заслуживаетъ вниманія. Правда, это, повидимому, единственный примѣръ, когда у примитивнаго народа наказаніе колдуна происходитъ въ формѣ утопленія. Значительно чаще случаи, когда тѣло колдуна, послѣ того какъ смертный приговоръ приведенъ въ исполненіе, бросается въ море. Причиной этого является вѣрованіе, распространенное среди низшихъ расъ о томъ, что морская вода обладаетъ особеннымъ свойствомъ разрушать магическую энергію; даже однимъ переходомъ черезъ море suwangi теряетъ свою силу“ (Steinmetz, Etnol. Studien, II, 329 по Риделю). Очень часто на низшихъ ступеняхъ развитія младенцы-уроды, эти очаги нечисти, бросаются въ море, обычай, который лежитъ въ основѣ извѣстнаго римскаго наказанія — poena culei. По той же причинѣ преступленія особенно оскверняющаго характера, какъ,

напр., кровосмѣшеніе у даяковъ-бяджу (Steinmetz, op. cit., II, 336), караются утопленіемъ. Во всякомъ случаѣ, взглядъ на виновность, какъ на ядъ, которымъ зараженъ преступникъ, живой или мертвый, привелъ къ практикѣ, распространенной не только среди дикарей, но и среди болѣе цивилизованныхъ народовъ, удаленія тѣлъ казненныхъ преступниковъ отъ человѣческаго жилища. Такъ на островахъ Носси-Бэй Майотъ трупы преступниковъ уносятся въ лѣса и оставляются тамъ (Steinmetz, Rechtsverhältnisse, p. 389). Въ Аѳинахъ смертная казнь за святотатство и измѣну сопровождалась погребеніемъ на чужестранной землѣ. Не только тѣло преступника, но даже имя его чревато сверхъестественными опасностями. Среди обитателей только-что названныхъ двухъ острововъ это имя никогда не должно произноситься (Steinmetz, loc. cit.); въ древнемъ Римѣ не разрѣшалось давать того же praenomen членамъ его рода.

Наказываніе жены и дѣтей колдуна часто объясняли тѣмъ, что жена и дѣти, являясь собственностью мужа и отца, подлежатъ уничтоженію наравнѣ съ остальнымъ имуществомъ преступника. Но, какъ мы увидимъ, наказаніе, постигавшее ихъ, не всегда было смертною казнью. Кромѣ того, этотъ взглядъ не объясняетъ тѣхъ, правда немногихъ, случаевъ, когда наказаніе постигаетъ не только тѣсный семейный кругъ преступника, но и всѣхъ его родственниковъ. Съ другой стороны, могутъ утверждать, что колдунъ можетъ передать свои тайныя знанія своимъ близкимъ, и даже при отсутствіи опредѣленнаго, систематическаго обученія эти послѣдніе могутъ указать кой-какія тайны этой запретной профессіи. Это объясненіе является тѣмъ болѣе допустимымъ, что при вѣдовствѣ карается не только дѣяніе, но даже одно знаніе черной магіи. Но роковымъ возраженіемъ противъ этого взгляда является то, что

въ первобытныхъ обществахъ, не говоря уже о болѣе высокихъ стадіяхъ правового развитія, караются также преступленія, которыя требуютъ своего внѣшняго выраженія въ какихъ-либо дѣйствіяхъ, а одинъ умыселъ не имѣетъ значенія. Кромѣ того, если бы мы приняли это объясненіе (кстати, неприложимое совсѣмъ къ имуществу преступника), мы должны были бы отыскивать совершенно иное объясненіе для разрушенія этого послѣдняго, въ то время какъ оба явленія вполнѣ однородны. Но, если мы примемъ взглядъ о заразительности магическаго яда, то коллективная отвѣтственность семьи колдуна будетъ неизбѣжнымъ практическимъ послѣдствіемъ его. При интимности семейной жизни тѣ, которые являются близкими и дорогими ему, не могутъ иначе, какъ путемъ чуда, избѣгнуть зараженія. Кромѣ того, сверхъестественная нечисть не только распространяется отъ лица къ лицу, она передается отъ отца къ зачатому ребенку. Среди евреевъ пятно незаконнорожденности тяготѣло надъ потомками „даже до десятаго поколѣнія“ (Второз. XXIII, 2). Драматурги классическаго періода сохранили для насъ греческую версію о первобытной теоріи наслѣдственности, по которой вина предковъ проявляется въ потомкахъ, какъ съ активной, такъ и съ пассивной стороны, въ качествѣ демоническаго импульса къ совершенію преступленій и въ качествѣ подверженности наказаніямъ, какъ hereditas bis damnosa. При свѣтѣ такой теоріи понятно, почему „поступаетъ неразумно тотъ, кто убиваетъ отца и оставляетъ сына въ живыхъ“ (Aristotle, Rhet., II, 21). Англійскіе феодальные юристы, изобрѣвшіе теорію attainder, влекущаго за собою „порчу крови“ и конфискацію имущества, только воскресили, къ выгодѣ короны, представленія, близкія древнимъ тевтонскимъ народамъ и вообще первобытнымъ расамъ. Иногда ядъ, передаваемый дѣтямъ, предполагается созрѣвшимъ съ

достиженіемъ ими зрѣлости. Такъ на Бабарскихъ островахъ колдунъ предается казни вмѣстѣ со взрослыми своими родственниками, а дѣти его продаются въ качествѣ рабовъ „обыкновенно чужеземцамъ, съ тѣмъ, чтобы позднѣе они причинили своимъ собственникамъ болѣзнь“. Для заморскихъ господъ они никогда не могутъ стать источникомъ опасности, „ибо морское путешествіе разрушаетъ зародыши яда“ (Steinmetz, со словъ Риделя l. c.). Въ другихъ случаяхъ полагаютъ, что сверхъестественная нечисть распространяется только на мужское поколѣніе, достигая лишь въ немъ своей силы, женщины же или иммунизированы или воспринимаютъ заразу только въ смягченной и видоизмѣненной формѣ. Поэтому индѣйцы племени Aht убиваютъ колдуна вмѣстѣ съ его мужскими родстьенниками, а женщинъ продаютъ въ рабство (Sproat, loc. cit.). Но такое смягченіе наказанія въ пользу отдѣльныхъ группъ родственниковъ доказываетъ, что послѣдніе примѣры суть лишь отклоненія отъ прежняго единаго типа; первобытная юриспруденція не проводитъ различія между классами, но относится ко всѣмъ одинаково.

Разрушеніе дома и уничтоженіе имущества колдуна и другихъ великихъ преступниковъ являются также мѣрами предосторожности противъ воображаемыхъ сверхъестественныхъ опасностей. Рискъ здѣсь имѣется въ двухъ отношеніяхъ. Имущество преступника, зараженное губительной магической силой, само по себѣ приноситъ несчастье тому, кто имъ пользуется, а также всей общинѣ, въ которой это лицо живетъ. Во-вторыхъ, оно можетъ передавать нечистую силу другимъ человѣческимъ существамъ, съ нимъ соприкасающимся. Постепенно движимое имущество преступника вмѣсто того, чтобы предаваться разрушенію, начинаетъ конфисковываться сначала ad usum dei sive ecclesiae, а позднѣе ad usum reipublicae [1]). Но въ теченіе долгихъ

[1]) На пользу Бога или церкви, а позднѣе на пользу государства.

вѣковъ развитія домъ преступника разрушался и сравнивался съ землей, и остатки этой практики до самаго послѣдняго времени сохранялись въ уголовномъ правѣ Западной Европы (Grimm, Rechtsalterthümur, p. 723). Столь всеобщее и неизмѣнное постановленіе не могло не стать предметомъ догадокъ, и мы имѣемъ рядъ теорій объ его происхожденіи. По взгляду Вильда, цѣлью его является загладить всякій слѣдъ и всякое воспоминаніе о преступленіи; оно раньше составляло часть damnatio memoriae. Мы, дѣйствительно, видѣли, что даже имя преступника находилось подъ запретомъ, и нельзя отрицать того, что оба послѣдствія стояли въ тѣсной связи другъ съ другомъ. Но мы не можемъ заключить, что одно находилось въ подчиненіи у другого; они текли параллельно, исходя изъ той идеи, что все, связанное съ преступникомъ, носитъ печать заразы. По другой теоріи, столь же остроумной, сколь и простой, разрушеніе дома и имущества преступника происходитъ для того, чтобы помѣшать его возвращенію и лишить его средствъ къ жизни. Но если бы это было единственнымъ препятствіемъ къ его возвращенію, то оно не было бы столь большимъ и непреодолимымъ. Жилища дикарей являлись не высокими чертогами; а возвести себѣ хижину изъ глины или грубую палатку можно было съ одинаковымъ успѣхомъ у себя дома, какъ и на чужбинѣ; уходя изъ дому съ пустыми руками или съ немногими стрѣлами въ качествѣ единственнаго земного наслѣдія, изгнанникъ очутится среди чужеземцевъ не въ лучшемъ положеніи, чѣмъ среди своего народа. Но первобытные народы установили рядъ весьма дѣйствительныхъ средствъ для держанія вдали отъ себя нежелательныхъ товарищей; карачаи, напр., присуждая къ изгнанію соблазнителя женщины, угрожаютъ ему смертною казнью въ случаѣ, если онъ снова покажется въ деревнѣ (Steinmetz, со словъ Klaproth, loc.

cit.). Но, кромѣ того, въ приведенныхъ выше примѣрахъ виновники подвергаются не изгнанію, а казни. Исторія намъ даетъ другое объясненіе. Если еще необходимы дальнѣйшія доказательства того, что страхъ нечисти побуждаетъ первобытныя общества разрушать жилища великихъ преступниковъ вмѣстѣ со всѣмъ ихъ имуществомъ, то мы можемъ сослаться на аналогичную практику, распространенную повсюду на низшихъ ступеняхъ развитія, именно, на обычаи разрушенія всякаго дома, въ которомъ произошла смерть, хотя бы по естественной причинѣ. Обычай этотъ сложился подъ вліяніемъ страха той магической заразы, которая быстро исходитъ отъ труда. Но, вѣроятно, самымъ яснымъ показателемъ будетъ обычай, распространенный на Банковыхъ островахъ. Здѣсь племя раздѣляется на двѣ экзогамическихъ части, и половыя сношенія между членами одной и той же части считаются однимъ изъ самыхъ ужасныхъ преступленій. Если такое отвратительное дѣло произошло, то имущество части, къ которой принадлежитъ виновный, разрушается членами другой части племени безъ всякой жалобы или сопротивленія со стороны первой (Codrington, Social Regulations in Melanesia; Journ. Antrop. Instit. 1889, p. 307).

Таковы мѣры предосторожности, принимаемыя первобытными народами противъ преступленій, чреватыхъ магическими опасностями, мѣры, совокупность которыхъ составляетъ наказаніе колдуна. Въ поразительномъ противорѣчіи съ ними находится санкція, грозящая въ первобытномъ обществѣ виновному въ святотатствѣ. Преступникъ предается смерти и этимъ дѣло кончается, наказаніе не распространяется ни на семью, ни на имущество. Строгое ограниченіе отвѣтственности является, на первый взглядъ, тѣмъ болѣе поразительнымъ, что въ основѣ наказуемости этого дѣянія лежитъ представленіе о коллективной отвѣт-

ственности. Но этотъ парадоксъ находитъ легко свое рѣшеніе; изолированіе преступника при наказаніи естественно вытекаетъ изъ той идеи, что группа въ цѣломъ отвѣчаетъ за преступленія своихъ членовъ. Имѣются деликты, подвергающіе семью виновного мести духовъ, сюда относятся такіе акты, которые нарушаютъ права и удобства душъ умершихъ предковъ. Но эти семейныя божества, какъ мы уже замѣчали, имѣютъ силу въ отношеніи своихъ сородичей, и нѣтъ основаній, чтобы община обращала на нихъ вниманіе или безпокоилась по поводу дѣйствій, направленныхъ противъ нихъ. Только такіе деликты привлекаютъ общее вниманіе, которые направлены противъ сверхъестественныхъ существъ, общихъ для всего племени. Божества племени, будучи оскорбленными, обрушиваютъ свою месть на все племя, и чтобы предотвратить ихъ гнѣвъ, грѣшникъ предается казни. По отношенію къ этимъ божествамъ все общество разсматривается, какъ недѣлимое цѣлое, и каждый членъ отвѣчаетъ въ одинаковой степени за каждаго другого. Въ этой общей отвѣтственности исчезаетъ различіе родовъ и семей; близкіе и отдаленные родственники виновнаго являются только членами племени, и ихъ отвѣтственность, подобно отвѣтственности прочихъ членовъ, прекращается, какъ только преступникъ предается казни или инымъ способомъ устраняется изъ общества.

Въ то время, какъ лица, виновныя въ святотатствѣ, предаются казни для того, чтобы успокоить гнѣвъ духовъ, нѣтъ никакихъ доказательствъ того, что они приносятся имъ въ жертву. Человѣческія жертвоприношенія вообще, повидимому, относятся не къ эпохѣ дикости, а скорѣе къ варварству и началу цивилизаціи. Однако, даже въ первобытныхъ обществахъ, эта практика не безызвѣстна, въ связи съ отправленіемъ уголовнаго правосудія. Къ несчастью, источники не всегда

открываютъ намъ характеръ преступленій, за которыя преступники приносятся въ жертву богамъ. Но любопытно отмѣтить, что святотатство, т.-е. преступленіе, въ которомъ преимущественнымъ мотивомъ наказанія является именно гнѣвъ сверхъестественнаго существа, не упоминается ни въ одномъ изъ немногихъ примѣровъ, въ которыхъ имѣются болѣе опредѣленныя указанія на принесеніе жертвъ. Мы уже отмѣтили форму казни за вѣдовство, сильно напоминающую церемоніалъ принесенія жертвы въ Новой Каледоніи; въ этой мѣстности подобная же участь ожидаетъ и виновнаго въ прелюбодѣяніи (Turner, Nineteen Years in Polinesia, p. 346). Среди африканскихъ негровъ «однимъ изъ наиболѣе частыхъ случаевъ принесенія людей въ жертву является причиненіе болѣзней посредствомъ вѣдовства» (Ratzel, II, 351); столь тѣсно переплетены магическія и анимистическія понятія въ психикѣ первобытнаго человѣка. Въ Полинезіи смертная казнь за нарушеніе табу обыкновенно принимаетъ видъ человѣческаго жертвоприношенія (Badignet, Derniers Sauvages, p. 160). Маккасары и бугинезы приносятъ въ жертву оскорбленнымъ духамъ обоихъ виновныхъ въ кровосмѣшеніи (Wilken, loc. cit).

Сверхъестественный элементъ, повидимому, является наиболѣе важной составной частью почти всѣхъ первобытныхъ преступленій. И хотя магія и религія не различаются еще на раннихъ ступеняхъ мысли и поэтому не могутъ быть вполнѣ обособлены другъ отъ друга современнымъ изслѣдователемъ при разсмотрѣніи отдѣльныхъ учрежденій, однако, можно построить скалу, соотвѣтственно преобладающей роли той или иной, въ преступленіяхъ, составляющихъ уголовной кодексъ первобытныхъ народовъ. На одномъ концѣ скалы мы помѣстили бы вѣдовство, которое является порожденіемъ почти чистой магіи; на другомъ—святотатство, въ которомъ теистическій элементъ почти не разбавленъ

магіей. И тогда мы найдемъ, что скала первобытныхъ преступленій соотвѣтствуетъ скалѣ первобытныхъ наказаній. На одномъ полюсѣ мы увидимъ полное уничтоженіе преступника и всего, связаннаго съ нимъ; спускаясь же по скалѣ, мы будемъ видѣть, какъ кругъ отвѣтственныхъ лицъ все сужается и сужается, пока не останется ничего, кромѣ казни или изгнанія самого преступника.

Слѣдуетъ еще остановиться на наказаніи за измѣну, которое, по мнѣнію нѣкоторыхъ авторитетовъ, является прототипомъ всѣхъ первобытныхъ наказаній. Каждый преступникъ, говорятъ они, является врагомъ народа, и съ нимъ поступаютъ, какъ съ таковымъ. Способъ, какимъ группа поступаетъ съ виновными въ наиболѣе ужасныхъ преступленіяхъ, является точно соотвѣтствующимъ обращенію съ внѣшнимъ врагомъ. Что же происходитъ съ побѣжденнымъ врагомъ? Его убиваютъ, его жена и дѣти или погибаютъ вмѣстѣ съ нимъ или обращаются въ рабство, его собственность конфискуется. Наказаніе, полагаемое за измѣну, является подлиннымъ воспроизведеніемъ этихъ враждебныхъ дѣйствій. Но нельзя думать, что оно служило образцомъ для публичныхъ наказаній вообще. При такомъ взглядѣ прежде всего осталось бы непонятныхъ происхожденіе изгнанія, являющагося, несомнѣнно, однимъ изъ древнѣйшихъ наказаній; затѣмъ имущество измѣнника конфискуется, тогда какъ имущество типическаго преступника уничтожается. Конфискація, а не разрушеніе имущества, является главнымъ признакомъ, отличающимъ право войны и военную расправу, съ одной стороны, отъ подлиннаго уголовнаго права, съ другой.

Въ заключеніе мы опять должны отмѣтить, что первобытное наказаніе назначается или для того, чтобы устранить пятно нечисти съ общества, или чтобы предотвратить месть со стороны сверхъестественнаго су-

щества по адресу группы. Его цѣлью въ обоихъ случаяхъ является искупленіе — искупленіе, однако, не ради него самого, а съ утилитарной цѣлью.

Глава III.

Древніе уголовные кодексы.

Изслѣдовавъ преступленія и наказанія эпохи дикости и установивъ причины, по которымъ общество начало вмѣшиваться въ нарушеніе правилъ поведенія, мы теперь приступаемъ къ разсмотрѣнію эволюціи наказанія въ теченіе слѣдующихъ стадій развитія. Для этой цѣли будетъ полезнымъ составить списки наказуемыхъ дѣяній у варварскихъ народовъ и у народовъ древнихъ цивилизацій. Въ области этихъ послѣднихъ не всегда легко различить первоначальный составъ отъ позднѣйшихъ наслоеній. Лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ мы довольно хорошо знакомы со всѣмъ ходомъ развитія уголовно-наказуемыхъ дѣяній, начиная съ самаго младенчества народа. Иногда наше знаніе исторіи народа позволяетъ намъ судить о томъ, какая часть относится къ первобытной стадіи, а какая къ слѣдующему развитію; такъ, напр., если различныя преступленія судятся различными судами, то можно заключить, что преступленія, караемыя болѣе древними судами, являются болѣе давними. Случается, что древній кодексъ является и древнѣйшимъ историческимъ документомъ, который мы имѣемъ относительно народа, и тогда мы можемъ въ значительной степени полагаться на доказательства, заключающіяся въ немъ самомъ, для того, чтобы выдѣлить основное зерно отъ позднѣйшихъ оболочекъ, его окутавшихъ. Здѣсь намъ окажутся полезными свѣдѣнія, которыя мы почерпнули изъ первобытной уголовной юриспруденціи. При изученіи авторитетовъ мы должны будемъ тщательно примѣнять критику. Такъ, многія изъ санкцій, называемыхъ въ источ-

никахъ наказаніями, являются, при болѣе близкомъ разсмотрѣніи, назначаемыми или отмѣняемыми по волѣ стороны, откуда слѣдуетъ, что они являются не преступленіями, а деликтами гражданскаго характера.

Начнемъ съ уголовнаго права древняго Египта, которое извѣстно намъ только въ конечной формѣ, соотвѣтствующей полному развитію. Если отчетъ, представленный Діодоромъ Сикуломъ, нашимъ главнымъ авторитетомъ по этому вопросу, является правильнымъ, то въ образованіи египетскаго права играли одинаковую роль первобытное суевѣріе и государственная мудрость; оно выглядитъ, подобно современному кодексу, вырѣзанному на первобытномъ деревѣ. Утвержденіе (Wilkinson, Ancient Egyptians, II, p. 40), что сознательною цѣлью египетскаго права было сохраненіе жизни и искупленіе вины, является, поэтому, лишь наполовину вѣрнымъ. Всѣ дѣянія, упоминаемыя Діодоромъ, являлись подлинными преступленіями и карались на берегахъ Нила подлинными наказаніями. Частная месть была подавлена и отодвинулась въ далекое туманное прошлое; денежные выкупы, если они когда-либо и существовали, уже давно исчезли; ни то, ни другое не оставило слѣдовъ въ законодательствѣ, дошедшемъ до насъ. Каждый египтянинъ могъ привести уголовный законъ въ дѣйствіе; а по нѣкоторымъ преступленіямъ—при убійствѣ, грабежѣ и другихъ насильственныхъ дѣйствіяхъ—обязанностью свидѣтеля-очевидца было преслѣдованіе виновнаго, если попытки, которыя были имъ сдѣланы, подъ угрозою смертной казни, помѣшать окончанію преступленія остались безуспѣшными. Списокъ наказуемыхъ дѣяній начинается съ пользованія заговорами и приготовленія любовнаго напитка. Papyrus magiens Harris'a описываетъ эти дѣянія, какъ величайшія преступленія въ мірѣ. Затѣмъ идутъ въ порядкѣ тяжести святотатство, которое включаетъ такіе грѣхи,

какъ умышленное убійство животнаго, посвященнаго одному изъ національныхъ божествъ, убійство, даже случайное, ибиса, кошки, совы, выбрасываніе испражненій въ Нилъ, а затѣмъ, согласно Геродоту (II, 38), употребленіе въ пищу запрещенныхъ предметовъ, обнаруженіе мѣста погребеніе быка Аписа, утвержденіе, что Serapis была мужчиной, принесеніе въ жертву козъ, телятъ или иныхъ животныхъ до того, какъ они будутъ отмѣчены и обречены на жертву жрецами, Откопаніе могилы, отступленіе отъ установившейся практики лѣчебнаго искусства, какъ она изложена въ книгѣ Гермеса, принадлежатъ къ категоріи тѣхъ же преступленій; обычаи здѣсь настолько становились священными, что даже изобрѣтеніе новаго танца или составленіе новой пѣсни наказывались, какъ религіозныя преступленія (Plato, Leg. lib. II). Въ случаяхъ измѣны, возстанія и заговора противъ государства подвергался казни не только виновный, но и его мать, сестры и вся семья раздѣляла его судьбу (Plutarch, Agis and Cleomenes, LXX). Другими преступленіями, влекущими смертную казнь, были клятвопреступленіе, убійство отца, убійство свободнаго человѣка, или раба, ложный доносъ и, наконецъ, добываніе средствъ къ жизни незаконными путями и ложныя заявленія объ имѣющихся средствахъ къ существованію. Старое право карало смертною казнью прелюбодѣяніе, если оно было учинено съ женщиною знатнаго рода; въ историческія времена женщина освобождалась отъ казни, но отрѣзался ея носъ. Ея партнеръ подвергался фаллотоміи, одному изъ тѣхъ символическихъ или выразительныхъ наказаній, которыми изобилуетъ египетская юриспруденція. Другіе примѣры примѣненія этого принципа мы встрѣчаемъ при изнасилованіи, разглашеніи государственныхъ тайнъ, поддѣлкѣ публичныхъ печатей, поддѣлкѣ монеты, при подлогѣ, употребленіи фальшивыхъ мѣръ и вѣсовъ и т. п.

Если мы обратимся затѣмъ къ Вавилону, то бѣглое ознакомленіе съ кодексомъ Гаммураби уже обнаруживаетъ значительное число постановленій уголовно-правового характера, разсѣянныхъ въ текстѣ. Очень часто встрѣчается по отношенію къ виновному фраза: „да будетъ преданъ смерти“; весьма многочисленны случаи, когда преступникъ подвергается отсѣченію члена тѣла. Къ сожалѣнію, кодексъ не всегда указываетъ, кѣмъ и по чьему настоянію, а также какимъ образомъ эта санкція примѣнялась. Во многихъ случаяхъ, впрочемъ, текстъ даетъ ключъ къ рѣшенію этого вопроса. Такъ, если мы читаемъ, что смерть была участью вора только при неуплатѣ установленной закономъ денежной пени (ст. 8) или участью арендатора сельско-хозяйственнаго участка, обратившаго его въ свою собственность (ст. 253—56), или если сообщается (ст. 194), что только по требованію господина отрѣзались груди у мамки, уморившей голодомъ младенца ея господина, вслѣдствіе того, что она кормила безъ позволенія господина другихъ младенцевъ,—то мы знаемъ, что во всѣхъ случаяхъ санкція является цивильной, а не уголовно-правовой. Опять-таки постановленіе ст. 25 о томъ, что воръ на пожарѣ „долженъ быть брошенъ въ этотъ же огонь“ не можетъ имѣть иного значенія, какъ то, что собственникъ можетъ такимъ путемъ отомстить вору, ибо пожаръ давно бы успѣлъ прекратиться, если бы до того преступникъ долженъ былъ быть представленъ на судъ. Ст. 229, постановляющая: „если упадетъ домъ и при паденіи убьетъ хозяина дома, то строитель пусть будетъ преданъ смерти“, назначаетъ нѣсколько суровое, но не несоотвѣтствующее наказаніе неумѣлому строителю; но если мы пойдемъ дальше и ознакомимся со слѣдующей статьей, гласящей: „если же будетъ убитъ сынъ хозяина, то сынъ строителя да будетъ преданъ смерти“,

то для насъ уже не остается сомнѣнія въ томъ, что обѣ статьи признаютъ лишь lex talionis, относящійся къ частной мести и къ частному праву, а не назначаютъ уголовнаго наказанія. Можно привести значительное число и другихъ примѣровъ, въ которыхъ санкціей является только легализованная месть, и примѣненіе этого принципа по аналогіи должно еще болѣе сократить списокъ дѣйствительныхъ преступленій, содержащихся въ кодексѣ Гаммураби. Несомнѣнными преступленіями, влекущими смертную казнь, являются только слѣдующія: неправильное поведеніе при исполненіи публичныхъ обязанностей (ст. 26, 33, 34); для человѣка, участвующаго въ богослуженіи, факты открытія или входа въ питейное заведеніе (ст. 110), (питейныя заведенія въ древнемъ Вавилонѣ находились, повидимому, исключительно въ рукахъ женщинъ), сокрытіе мятежниковъ (ст. 109), обмѣриваніе и обвѣшиваніе (ст. 108), разбой на открытой дорогѣ (ст. 22), для женщины—подстрекательство къ убійству мужа (ст. 153), вступленіе во второй бракъ, если мужъ, находящійся въ плѣну, обезпечилъ ее необходимыми средствами къ жизни (ст. 133), кровосмѣшеніе съ матерью (ст. 157) или невѣсткою (ст. 155). Кровосмѣшеніе съ дочерью является единственнымъ преступленіемъ, караемымъ изгнаніемъ (ст. 154). Намъ неизвѣстно, предавался ли смерти недостигшій успѣха обвинитель въ волшебствѣ (ст. 1, 2) или лжесвидѣтель въ дѣлѣ, влекущемъ смертную казнь, въ силу приговора, постановленнаго судомъ ex officio, или лишь по требованію потерпѣвшаго. Нѣсколько трудно опредѣлить юридическій характеръ прелюбодѣянія. Ст. 129 гласитъ: „Если мужняя жена будетъ захвачена лежащей съ другимъ, то пусть будутъ они задушены и брошены въ воду. Но если мужъ пощадитъ свою жену, то король можетъ помиловать своего слугу“. Смыслъ этого, вѣроятно, таковъ, что требуется иниціа-

тива мужа для того, чтобы привести норму закона въ дѣйствіе, но онъ не можетъ примѣнить казни только къ любовнику своей жены. Если это толкованіе правильно, то этотъ старѣйшій кодексъ предвосхищаетъ постановленіе нѣкоторыхъ современныхъ законодательствъ. Если трудно провести различіе между преступленіемъ и гражданскимъ деликтомъ тамъ, гдѣ санкціей является казнь, то почти совершенно невозможнымъ является сдѣлать это въ отношеніи меньшихъ преступленій. Клеймленіе лица, оклеветавшаго священнослужителя или замужнюю женщину (ст. 127), очевидно, было подлиннымъ наказаніемъ и таковымъ, по всей вѣроятности, было бичеваніе „въ собраніи“ за насильственное нападеніе на человѣка болѣе знатнаго происхожденія (ст. 202).

Мы довольно подробно остановились на вавилонскомъ кодексѣ, чтобы иллюстрировать методы, примѣняемые нами для выдѣленія постановленій уголовнаго права изъ общаго юридическаго содержанія кодекса, а также показать тѣ затрудненія, съ которыми сопряжена эта задача. Мы будемъ болѣе краткими при разсмотрѣніи остальныхъ системъ и, въ частности еврейскаго права, которое, до извѣстной степени, является общеизвѣстнымъ. По Моисееву праву слѣдующія преступленія влекли смертную казнь, причемъ написанныя въ разбивку влекли, кромѣ того, хейримъ: идолопоклонство, въ особенности культъ Молоха, проповѣдь въ имя лживыхъ боговъ, колдовство, богохульство, нарушеніе субботы, содомія, противоестественные пороки (причемъ и животное предавалось смерти), кровосмѣшеніе съ матерью, женою отца или невѣсткою; женитьба на матери или дочери, прелюбодѣяніе, соблазненіе или растлѣніе дѣвицы, обрученной кому-либо, хотя бы дѣвица и дала свое согласіе; для дѣвушки—вступленіе въ бракъ послѣ по-

тери невинности; для дочери священника—проституція; похищеніе людей; проклятіе отца или матери; упорное непослушаніе волѣ родителей. Отступленіе отъ вѣры каралось полнымъ уничтоженіемъ: жители и скотъ истреблялись остріемъ меча; городъ и вся добыча сжигались, причемъ городъ всегда долженъ былъ оставаться въ развалинахъ и не отстраиваться вновь. Хеймъ назначался въ качествѣ единственнаго наказанія за слѣдующія преступленія: пренебреженіе словомъ Божьимъ и нарушеніе его заповѣди; несоблюденіе требованій относительно обрѣзанія, дня отпущенія грѣховъ или пасхи; совѣщаніе съ волшебниками; поддѣлка святого мура или священныхъ благовоній; принесеніе жертвъ внѣ ограды храма; совершеніе одной изъ трехъ вещей въ состояніи нечистоты: входа въ храмъ Божій, яденія мяса мирной жертвы и исполненія священническихъ обязанностей; несовершеніе обряда очищенія послѣ прикосновенія къ трупу; употребленіе въ пищу крови или жира жертвенныхъ животныхъ; яденіе мирныхъ приношеній послѣ наступленія третьяго дня; сношеніе съ женщиной во время менструацій; кровосмѣшеніе, не караемое смертью; женитьба на двухъ сестрахъ. Въ одномъ только случаѣ публичнымъ наказаніемъ является отсѣченіе члена тѣла: женщина, которая совершаетъ безстыдное нападеніе на человѣка, съ которымъ находится въ борьбѣ ея мужъ, теряетъ свою руку. Двѣ категоріи преступниковъ подвергаются бичеванію: рабыня, которая будетъ обручена съ человѣкомъ, который будетъ возлежать съ другимъ человѣкомъ, и мужъ, который будетъ обвинять новобрачную въ томъ, что она вошла не дѣвушкой въ его домъ. То, что goël примѣнялся для того, чтобы мстить за убійство, и что кража влекла только искъ объ убыткахъ, составляетъ хорошо извѣстные факты. Соблазнъ и изнасилованіе, если только женщина не была обру-

чена, разсматриваются какъ гражданскіе деликты, какъ въ талмудической, такъ и въ библейской юриспруденціи (Раппопортъ).

Основанія магометанскаго уголовнаго права, заложенныя въ Коранѣ, являются чрезвычайно скудными, и ученые не согласны между собою даже въ толкованіи немногихъ текстовъ, относящихся къ этому предмету. „Возмездіемъ тѣмъ, которые борятся противъ Бога и Его Апостоловъ и стремятся поступать неправильно на землѣ, будетъ казнь крестомъ или отсѣченіе ногъ и рукъ или изгнаніе изъ страны“ (Сура, V). Это мѣсто толкуется такъ, что отпаденіе отъ Бога является преступленіемъ, караемымъ казнью и конфискаціей имущества виновнаго въ качествѣ дополнительнаго наказанія; при возстаніи наказаніемъ является альтернативно или казнь или изгнаніе; при болѣе широкомъ толкованіи текста сюда включаются разбой и грабежъ на большой дорогѣ. Кровавая месть открыто признается Сурой (II). Мѣсто, относящееся къ ней, гласитъ: „Если мужчина или женщина украдутъ, то въ возмѣщеніе пусть отрѣжутъ имъ ихъ руки; это—примѣрное наказаніе, назначенное Богомъ (Сура V)“. Но это наказаніе, по Суннѣ не назначается, если стоимость похищеннаго не достигаетъ четырехъ динаріевъ (около 20 руб.). За первое преступленіе виновный теряетъ правую руку, за второе—лѣвую ногу, за третье—лѣвую руку, за четвертое—правую ногу; а если онъ продолжаетъ красть, онъ подвергается бичеванію по усмотрѣнію судьи (Sale, p. 78). Но это наказаніе приводится въ исполненіе только по настоянію потерпѣвшаго, и поэтому кража является деликтомъ, а не преступленіемъ. Наказанія назначаются также за недозволенныя половыя сношенія, пьянство, азартныя игры и прочія излюбленныя занятія арабовъ до принятія ислама. Утверждаютъ, что Коранъ раньше содержалъ постановленіе, теперь опу-

щенное, которое повторяло постановленіе Моисеева права относительно прелюбодѣянія, замѣняя лишь побитіе камнями замуровываніемъ, наказаніемъ, весьма распространеннымъ въ Аравіи до Магомета (Du Boys, Peuples modernes, I, 286).

Подвергалось сомнѣнію положеніе о томъ, что смертная казнь вообще примѣнялась на раннихъ ступеняхъ магометанскаго права (Wellhausen, въ сборн. Mommsen, Kulturvölker). Въ современномъ мусульманскомъ правѣ слѣдующія три преступленія влекутъ смертную казнь: „Kufr"—преступленіе противъ религіи, включающее въ себя множество грѣховъ: прелюбодѣяніе, кровосмѣшеніе, учиненное лицами, принадлежащими къ „muhsan" и убійство мусульманина. Смертная казнь, какъ наказаніе за послѣднее дѣяніе, развилась (Goldziher въ Mommsen, Kulturvölker) изъ старой практики кровавой мести. Но это развитіе произошло только въ теоріи потому, что, за исключеніемъ мѣстъ, гдѣ юриспруденція Корана замѣнилась реципированіемъ иностраннаго права, во всѣхъ магометанскихъ странахъ процвѣтаетъ месть за убійство. Возстаніе карается изгнаніемъ; а бичеваніе является признаннымъ наказаніемъ за прелюбодѣяніе и кровосмѣшеніе, учиненное лицами, не принадлежащими къ классу muhsan, за распространеніе несправедливыхъ слуховъ о супружеской чести и вѣрности уважаемаго мусульманина, за употребленіе вина и за рядъ другихъ болѣе мелкихъ нарушеній. Въ Персіи уголовное право Корана развилось въ болѣе простую, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, и болѣе суровую систему. Съ древнихъ временъ здѣсь караются казнью измѣна, отказъ отъ военной службы, отступничество и кража (Dareste, Etudes, p. 116); позднѣе къ этому списку присоединена содомія; и до самаго недавняго времени женщина, виновная въ прелюбодѣяніи, подвергалась poena culei (Drouville, Voyage en Perse, I, 262).

Окинувъ мимолетнымъ взглядомъ древнее карѳагенское и армянское право, которыя знали только четыре преступленія, караемыхъ смертью: — измѣну, побѣгъ, отказъ отъ военной службы и отступничество (Letourneau, p. 400), переходимъ къ весьма почтенной системѣ арійской юриспруденціи,—индусскому праву. Всѣ дошедшіе до насъ кодексы принадлежатъ, однако, къ болѣе развитой стадіи права. За свѣдѣніями о кровной мести и композиціяхъ мы должны обращаться далеко назадъ, въ прошлое юридическихъ источниковъ, къ литературѣ Ведъ (Kohler, Indische Strafrecht). Уже законы Ману предусматриваютъ публичныя наказанія за всѣ болѣе серьезныя преступленія, которыя мы находимъ въ современныхъ кодексахъ и, кромѣ того, за многія такія, которыхъ мы нынѣ уже не находимъ въ числѣ преступленій. Индусская карательная система является весьма сложной по своему характеру, и лѣстница наказаній начинается отъ легкаго внушенія и доходитъ до самой жестокой смерти, какъ отдача на съѣденіе собакамъ или разрѣзаніе на куски бритвами. Штрафы и конфискаціи, всегда поступающіе въ пользу короля, и отсѣченіе виновныхъ частей тѣла являются излюбленными видами наказанія. Щедро примѣняются также такія наказанія, какъ публичное выставленіе у позорнаго столба, клеймленіе, наказаніе плетьми, тюремное заключеніе, въ оковахъ и безъ нихъ, и изгнаніе. Санкція разнообразится не только по роду преступленій, но и по кастѣ, къ которой принадлежитъ виновный. Мы не станемъ пытаться собрать изъ различныхъ сочиненій полный списокъ преступленій и соотвѣтствующихъ имъ наказаній. Нашей задачей скорѣе явится проникновеніе чрезъ обильные верхніе слои въ самую основу уголовнаго права, и для этого мы прибѣгнемъ къ примѣненію принципа, который, въ извѣстныхъ границахъ, оказывается пригоднымъ при из-

слѣдованіи всѣхъ древнихъ правовыхъ системъ, принципа, по которому преступленія, изображаемыя въ кодексѣ, какъ наиболѣе ужасныя, являются вмѣстѣ съ тѣмъ древнѣйшими преступленіями въ томъ народѣ, къ которому относится кодексъ. Въ индусской литературѣ часто упоминается система „десяти преступленій", причемъ эта группа составляется изъ слѣдующихъ разнородныхъ дѣяній: ослушанія королевскимъ приказаніямъ, убійства женщинъ, смѣшенія кастъ, прелюбодѣянія, грабежа, беременности отъ человѣка, не являющагося мужемъ, диффамаціи, угрозы, насилія, аборта. Этотъ перечень преступленій является болѣе позднимъ. Его нѣтъ ни въ законахъ Ману, ни въ Нарадѣ, къ которымъ Ольденбургъ (въ Mommsen, Kulturvölker) ошибочно относитъ его. Изъ перваго источника мы узнаемъ, какія преступленія считались самыми серьезными въ древней индусской юриспруденціи. Такъ мы читаемъ въ законахъ Ману (IX, 235): „Убійца брамана, который пьетъ спиртный напитокъ, называемый сура; тотъ, кто крадетъ золото у брамана; тотъ, кто оскверняетъ ложе своего родного или духовнаго отца — тотъ считается человѣкомъ, совершившимъ высшій грѣхъ, если исключить тѣхъ, преступленія которыхъ неудобно назвать". Эта статья находится въ той части законовъ, которая гласитъ о „гражданскомъ и уголовномъ правѣ". Подобное же постановленіе находится и въ главѣ XI, ст. 55, озаглавленной „О раскаяніи и искупленіи", съ тѣмъ лишь различіемъ, что сообщники этихъ преступленій караются такъ же, какъ и сами преступники по этой статьѣ. Величайшіе грѣхи такимъ образомъ являются вмѣстѣ съ тѣмъ величайшими преступленіями, и отождествленіе этихъ двухъ понятій въ индусскомъ правѣ доказываются тѣмъ фактомъ, что искупленіе и наказаніе допускаются (Ману, IX, ст. 236) альтернативно, какъ средство погашенія вины. Указаніе на сообщниковъ

великихъ преступниковъ въ текстѣ, въ противоположность опущенію указанія на нихъ въ первомъ текстѣ, также характерно: хотя сообщники не учинили преступленія, за которое они могутъ быть привлечены къ отвѣтственности въ свѣтскомъ судѣ, они все же осквернены соприкосновеніемъ съ грѣшниками и поэтому нуждаются въ очищеніи. Остается выяснить, какія наказанія „неудобно назвать“. Въ законахъ Ману (IX, 55) перечисленныя преступленія названы „меньшими, чѣмъ кровосмѣшеніе въ прямой линіи и нѣкоторыя другія“. Мы можемъ предположить, что эти преступленія имѣли отношеніе къ половой нравственности, и попытаемся восполнить пробѣлъ изъ Постановленій благоразумнаго Нарады, который указываетъ (XII, 73—75), что человѣкъ, имѣвшій сношеніе съ одной изъ 21 видовъ женщинъ, указанныхъ въ текстѣ, признается нарушителемъ ложа своего духовнаго отца. Но имѣется также множество другихъ наказаній, влекущихъ смертную казнь. Ману, напр., предписываетъ смертную казнь за „поддѣлку королевскихъ указовъ, возбужденіе разногласій между великими министрами, убійство женщинъ, брамановъ или дѣтей, присоединеніе къ врагамъ короля“. Вмѣстѣ съ тѣмъ, странно сказать, сравнительно небольшая денежная пеня назначается „за всякія заклинанія, направленныя противъ чьей-либо жизни, за наговоры надъ ядовитыми кореньями и за колдовство всякаго рода съ цѣлью убить, не достигшее, однако, цѣли“ (IX, 290). При отсутствіи прямыхъ указаній мы можемъ только предполагать, что, если заклинанія или колдовство были успѣшными, то виновный карался какъ за убійство. Въ дѣлѣ объ одной отравительницѣ Янавалькія (II, 279) приказываетъ подвергнуть виновную казни быками, отсѣча предварительно члены тѣла. Въ индусскомъ правѣ преступленіями, влекущими смертную казнь, были только тяжкіе виды убійства; при

отсутствіи отягчающихъ обстоятельствъ Ману предписываетъ, „чтобы за убійство человѣка пеня его была столь же велика, какъ пеня вора (XIII, 296), тогда какъ, согласно Янавалькія (II, 277), убійство влечетъ большій или меньшій штрафъ. При этомъ Митаксара поясняетъ, что судья при назначеніи штрафа долженъ руководиться общественнымъ положеніемъ, характеромъ и поведеніемъ жертвы или подобными признаками.

Изъ числа преступленій, извѣстныхъ китайскому праву, рѣзко выдѣляется одна группа. Стаунтонъ разсматриваетъ ее подъ заголовкомъ: „Преступленія измѣннической характера“, а Алабастеръ называетъ преступленія этой группы: „Десять тяжкихъ преступленій“, но, повидимому, правильнымъ переводомъ соотвѣтственнаго китайскаго оригинала будетъ „Десять Злодѣйствъ“. Онѣ суть:

1. Возстаніе, опредѣляемое какъ попытка нарушить божественный порядокъ вещей на землѣ. 2. Измѣна императору. 3. Оставленіе войска и всякій актъ, ставящій въ опасность внѣшнюю безопасность государства. 4. Отцеубійство. 5. Массовое убійство, понимаемое какъ убійство трехъ или болѣе членовъ той же самой семьи. 6. Святотатство, подъ которымъ разумѣется кража изъ храмовъ священныхъ предметовъ, употребляемыхъ при богослуженіи, покупка какихъ-либо предметовъ, находящихся въ непосредственномъ употребленіи короля, поддѣлка императорской печати, дача императору не надлежащихъ лѣкарствъ или, вообще, совершеніе какой-либо ошибки или небрежности, подвергающей опасности священную особу императора. 7. Нечестивость, признаваемая во всякомъ поступкѣ, выражающемъ неуваженіе или небрежность къ своимъ родителямъ. 8. Сѣяніе раздоровъ въ семьяхъ. 9. Неповиновеніе низшаго чиновника высшему. 10. Кровосмѣшеніе.

Книга Та Tsing Leu Lee, изъ которой заимствованъ приведенный списокъ съ опредѣленіями соотвѣтственныхъ преступленій, замѣчаетъ, что преступленіе въ каждомъ изъ означенныхъ случаевъ является, „прямымъ нарушеніемъ узъ, связывающихъ общество“, подчеркивая такимъ образомъ различіе между посягательствами публичнаго характера и посягательствами противъ индивидовъ. Книга эта сравнительно новаго происхожденія; она опубликована въ 1644 г. Но «десять злодѣйствъ» были уже ясно выдѣлены отъ остального законодательства во время царствованія династіи Тсе (550 г.) и являлись въ то время единственными преступленіями, наказаніе за которыя не могло быть замѣнено денежной пеней, а фактически приводилось въ исполненіе. Въ современномъ китайскомъ правѣ дѣянія, допускающія такую замѣну, относятся уже къ подлинному уголовному праву; это правильно даже въ отношеніи такихъ дѣяній, какъ случайное лишеніе жизни или причиненіе личныхъ обидъ (Alabaster, p. 77), когда штрафъ уплачивается не суду, а потерпѣвшему или его наслѣдникамъ, ибо во всѣхъ случаяхъ наказаніе назначается, смягчается или отмѣняется по усмотрѣнію монарха. Но по своему происхожденію система денежныхъ пеней принадлежитъ къ гражданскому, а не уголовному праву, и тамъ, гдѣ она встрѣчается въ уголовномъ кодексѣ, можно думать, что соотвѣтственныя преступленія являются позднѣйшими нововведеніями. Не подлежитъ сомнѣнію, что „десять злодѣйствъ“, являются самыми древними и вмѣстѣ съ тѣмъ, самыми ужасными преступленіями, извѣстными китайскому праву. Преступленія, перечисленныя въ этомъ спискѣ, естественно распадаются на три группы: преступленія противъ государства, преступленія религіознаго характера и преступленія противъ семьи. По отношенію къ нимъ, а также нѣкоторымъ другимъ преступле-

ніямъ, весьма близкимъ къ тѣмъ, которыя упомянуты въ китайскихъ десяти заповѣдяхъ, сохраняется еще принципъ коллективной отвѣтственности. Онъ достигъ наиболѣе широкихъ предѣловъ во время царствованія династіи Тцинъ (III вѣкъ до Р. Х.), когда великіе преступники предавались казни не только вмѣстѣ съ ихъ семьями, но даже вмѣстѣ съ семьями ихъ сосѣдей (Andreozzi, p. 35). Вскорѣ, однако, отвѣтственность была ограничена тремя классами родственниковъ, а именно: отцомъ, женою и нисходящими родственниками. Постоянно то ограничиваясь, то расширяясь, то отмѣняясь, то вновь устанавливаясь, эта система вошла очень глубоко въ основанія китайскаго права, и потому исчезла совершенно. Въ настоящее время она находитъ свое отраженіе въ солидарной отвѣтственности всей семьи за измѣну одного изъ ея членовъ. Наказаніе за измѣну въ Китаѣ выполняется слѣдующимъ образомъ: самъ преступникъ подвергается медленной и мучительной казни, всѣ его мужскіе родственники первой степени (отецъ, дѣдъ, сыновья, дяди и двоюродные братья со стороны отца), достигшіе шестнадцати лѣтъ—обезглавливаются. Всѣ его остальные мужскіе родственники, достигшіе шестнадцати лѣтъ, какимъ бы отдаленнымъ родство ихъ ни было, и независимо отъ того, является ли оно кровнымъ или по браку, также подвергаются обезглавливанію, если только они жили съ преступникомъ подъ одною крышею въ моментъ учиненія преступленія. Мужскіе родственники первой степени, не достигшіе шестнадцати лѣтъ, и женщины-родственницы, независимо отъ возраста, обращаются въ рабство. Все имущество преступника, въ чемъ бы оно ни состояло, конфискуется въ пользу правительства. При возстаніи и массовомъ убійствѣ преступникъ подвергается казни, его имущество конфискуется, но члены его семьи подвергаются болѣе мягкимъ наказаніямъ—

рабству въ первомъ случаѣ и изгнанію—во второмъ. То же самое наказаніе назначается за два прочихъ преступленія—за убійство съ цѣлью употребить части тѣла убитаго на магическія цѣли и за приготовленіе яда съ цѣлью примѣнить его для убійства человѣка. Въ первомъ изъ этихъ случаевъ казнь происходитъ „медленнымъ и болѣзненнымъ способомъ", какой мы уже встрѣчали въ случаяхъ измѣны; такая же казнь имѣетъ мѣсто при массовомъ убійствѣ, отцеубійствѣ и убійствѣ мужа.

Древнѣйшій кодексъ Японіи—Tai-ho-ritsu (701 г.) находится подъ сильнымъ вліяніемъ феодальнаго права Китая. Онъ различаетъ обыкновенныя преступленія и злодѣйскія преступленія. Къ числу послѣднихъ относятся: заговоръ и другія преступленія противъ императора, святотатство, эмиграція, убійство близкаго родственника или свойственника, квалифицированное убійство. Всѣ эти преступленія влекутъ смертную казнь, и вмѣстѣ съ виновнымъ осуждаются его ближайшіе родственники; но самымъ тяжкимъ наказаніемъ, примѣняемымъ къ нимъ, является ссылка. При учиненіи злодѣйскихъ преступленій не проводится никакаго различія между оконченнымъ и неоконченнымъ преступленіемъ. Эти преступленія изъяты изъ дѣйствія общей амнистіи. Въ то время, какъ до недавняго времени допускалась по обычаю замѣна наказаній композиціями, въ случаѣ учиненія общихъ преступленій, кодексъ категорически воспрещаетъ такую замѣну для злодѣйскихъ преступленій (Dareste, Nouvelles Etudes, p. 303). Часть наказанія, назначаемаго за такія преступленія, а именно конфискація имущества осужденнаго, сохранилась до самого недавняго времени и даже стала происходить при всякомъ осужденіи къ смертной казни (Letourneau, p. 198). Здѣсь лежитъ объясненіе японскаго обычая харакири, посредствомъ котораго японскій дво-

рянинъ избѣгаетъ осужденія съ цѣлью сохранить свое имущество для наслѣдниковъ. Это совершенно тотъ же пріемъ, къ которому въ былое время прибѣгала англійская земельная аристократія, предпочитавшая погибнуть отъ мучительной пытки peine forte et dure за отказъ отдаться на судъ присяжныхъ, нежели рисковать осужденіемъ, влекущимъ конфискацію имущества.

Уголовный кодексъ монголовъ, изданный Чингизъ-Ханомъ, Ulong Yassa, воспроизводитъ также нѣкоторыя характерныя черты китайскаго права. Мы здѣсь снова встрѣчаемся съ различіемъ преступленій, допускающихъ денежный выкупъ и не допускающихъ его. Послѣдняя категорія включаетъ всѣ преступленія противъ государства и противъ военной дисциплины (самъ кодексъ былъ предназначенъ служить потребностямъ завоевательной арміи). Такимъ образомъ не допускаютъ выкупа измѣна, возстаніе, акты непослушанія на войнѣ, шпіонство; сюда же причислено и вѣдовство. Смертная казнь назначается также за три другихъ преступленія: убійство, изнасилованіе замужней женщины и кражу; но въ этихъ случаяхъ смертная казнь можетъ быть назначена только тогда, если обвиняемый пойманъ на мѣстѣ преступленія или сознался въ преступленіи. Кража, несомнѣнно, а изнасилованіе и убійство, вѣроятно, допускали выкупъ. Денежный выкупъ всегда шелъ въ пользу государства.

Въ древней Мексикѣ самыми серьезными преступленіями почитались посягательства противъ трона и алтаря или проявленіе во внѣ неуваженія къ нимъ. Съ измѣнника сдирали кожу, а его родственники до четвертой степени продавались въ рабство. Въ болѣе древнемъ кодексѣ Tlaxcala родственники до седьмой степени предавались смерти. Лица, виновныя въ укрывательствѣ измѣны, продавались въ неволю вмѣстѣ съ ихъ женами и дѣтьми. Человѣкъ, узурпировавшій власть

clhuacoatl, т.-е. главнаго судьи, предавался казни, а его родственники до четвертой степени изгонялись изъ страны. Во всѣхъ случаяхъ имущество виновнаго конфисковывалось въ пользу главы государства. Далѣе карались смертною казнью слѣдующія дѣянія: присвоеніе знаковъ королевскаго достоинства, возбужденіе возстанія, насильственное нападеніе на управителя страною, на посланника, на императорскаго гонца, трусость во время войны, преступленія противъ военнаго права, какъ продажа плѣнныхъ или принятіе отъ нихъ даровъ, половыя сношенія съ плѣнными женщинами. Влекущимъ смертную казнь преступленіемъ былъ вызовъ на поединокъ; подъ страхомъ наказанія было запрещено носить оружіе въ мирное время. Далѣе предавались смерти колдуны и вѣдьмы, причинившіе кому либо вредъ; удушеніе было наказаніемъ для того, кто усыплялъ другого магическими средствами съ тѣмъ, чтобы присвоить его имущество. Казни подлежали отравители и тѣ, которые приготовляли для нихъ ядъ (Bancroft, Native Races of Pacific States, II, 459). Священнослужитель, который нарушалъ свой обѣтъ цѣломудрія, предавался смерти или изгонялся, причемъ домъ его сравнивался съ землей, а имущество конфисковывалось (Bancroft, II, 469). Законъ угрожалъ смертною казнью даже за недоносительство о виновности священнослужителя въ столь ужасномъ преступленіи. Если дѣвица, прислуживавшая въ храмѣ, предавалась плотскимъ удовольствіямъ, то она, вмѣстѣ съ соблазнителемъ, сжигались, а прахъ ихъ разсѣивался по вѣтру; такая дѣвушка платилась жизнью даже за тайный разговоръ съ мужчиною. Добродѣтель свѣтскихъ дѣвушекъ, впрочемъ, защищалась подобнымъ же образомъ. Смерть была наказаніемъ для молодого человѣка, который тайно проникалъ въ пріютъ для молодыхъ дѣвицъ (Kohler, Atzeken, p. 98). Смерти предавались ви-

новные въ гомосексуализмѣ, какъ мужчины, такъ и женщины, причемъ каралось уже одно только ношеніе платья другого пола, повидимому, потому что оно признавалось симптомомъ гомосексуальности. Къ числу такихъ же преступленій относилось и прелюбодѣяніе, каравшееся побиваніемъ камнями. По кодексу Quaxololitan, прелюбодѣйная жена съѣдалась. Карался и супругъ, продолжавшій жить съ прелюбодѣйной женой, аналогично тому, какъ постановлялъ римскій lex Julia de adulteriis. Отрѣзаніе фаллуса было наказаніемъ за совращеніе женщины въ развратъ. Пьянство разсматривалось также, какъ весьма серьезное преступленіе. Первое осужденіе за пьянство влекло отрѣзаніе фаллуса, разрушеніе дома виновнаго и потерю должности; при второмъ осужденіи постановлялся смертный приговоръ. По отношенію же къ священнослужителямъ, юношамъ, женщинамъ и знатнымъ уже первое осужденіе влекло казнь. Мы далеко не исчерпали всего списка преступленій, караемыхъ смертною казнью. Къ перечисленнымъ слѣдуетъ присоединить еще поднятіе руки на отца или мать, оскорбленіе ихъ, передвиганіе межевыхъ знаковъ, употребленіе фальшивыхъ мѣръ, расточительное отношеніе къ отцовскому наслѣдству (Letourneau, p. 117 со словъ Clavigero, History of the Mexico, I.), а по закону Мотекумы, даже сообщеніе лжи (Kohler, o. c., p. 100). Далѣе, смертная казнь назначалась за тяжкія формы кражи, причемъ квалифицирующія обстоятельства относились или къ мѣсту (въ храмѣ, на рынкѣ), или къ роду похищеннаго имущества (напр. кража золота или серебра). Во времена Chimalpopoca (1415—26), третьяго царя Мексики, кража значительнаго количества маиса влекла смертную казнь, кража дичи—рабство; но кража собаки не признавалась преступленіемъ, „такъ какъ собака имѣетъ зубы, чтобы защищать себя“ (Kohler, p. 95). Кража, несомнѣнно, явля-

лась публичнымъ преступленіемъ въ древней Мексикѣ, хотя воспоминаніе о времени, когда она была гражданскимъ деликтомъ, влекшимъ лишь частную месть, сохранялось въ процессѣ Iztepec, по которому самъ собственникъ приводилъ въ исполненіе приговоръ суда. Мы читаемъ, что даже убійство раба или жены, застигнутой при прелюбодѣяніи мужемъ каралось смертью (Biart, Atzèques, p. 167). Но убійство не можетъ быть помѣщено въ число публичныхъ преступленій по закону атцековъ, если правильно утвержденіе Колера (p. 88) о томъ, что семья убитаго могла простить виновнаго и обратить его въ раба съ тѣмъ, чтобы онъ своимъ трудомъ снискивалъ средства на содержаніе семьи, лишившейся кормильца. По утвержденію того же автора (p. 92), человѣкъ, убившій раба другого человѣка, самъ становился рабомъ человѣка, которому принадлежалъ рабъ; это свидѣтельствуетъ также о цивильномъ характерѣ санкціи.

Право древняго Перу, подобно праву Мексики, написано кровью. Нашимъ главнымъ источникомъ является Гарсиласссо де Вега, отъ котораго мы узнаемъ, что въ кодексѣ Pachacutec, этого Юстиніана инковъ, перечислялись слѣдующія преступленія, влекущія смерть: измѣна, возстаніе, подкупъ и взяточничество судьи, кощунство, лицезрѣніе одной изъ „избранныхъ дѣвъ“, кровосмѣшеніе, содомія, изнасилованіе, похищеніе женщинъ, прелюбодѣяніе, бывшее подлиннымъ преступленіемъ и каравшееся какъ видъ кражи, внѣбрачное сожительство, отцеубійство, убійство, поджогъ, кража, праздношатаніе. Прескоттъ (History of the conquest of Peru, I, 59) дополняетъ этотъ списокъ еще слѣдующими преступленіями: сдвиганіе межевыхъ знаковъ, поврежденіе водопроводовъ, разрушеніе мостовъ. Не всегда одинъ лишь преступникъ расплачивался за учиненное. Древній инка Капакъ-Юпанги предписалъ сжечь весь

городъ за то, что одинъ изъ жителей этого города учинилъ противоестественное преступленіе. Поистинѣ страшнымъ является наказаніе, назначаемое Пачакутекомъ за прелюбодѣяніе, учиненное съ одною изъ многочисленныхъ женъ или наложницъ инки. Виновные должны быть сожжены живыми: ихъ родители, братья, дѣти и другіе близкіе родственники, даже рабы, предаются казни; ихъ ламы убиваются. Кромѣ того, всѣ жители города, въ которомъ имѣлъ мѣсто актъ прелюбодѣянія, должны быть убиты; городъ самъ сравнивается съ землей и во всемъ округѣ не оставляется ни одного дерева. Почти столь же ужасными были послѣдствія половой невоздержности жрицы Солнца. Только инка могъ ввести къ себѣ въ гаремъ одну изъ этихъ „избранныхъ дѣвъ“. Но если какая-либо изъ нихъ проникалась любовной страстью къ обычному смертному, то она сжигалась живьемъ, а ея любовникъ предавался казни посредствомъ удушенія; ея родной городъ разрушался вмѣстѣ со всѣми жителями, а мѣсто покрывалось камнями.

Терминомъ, означавшимъ преступленіе въ древнегреческомъ правѣ, первоначально былъ ἄγος, что значитъ злодѣйство, зло, требующее искупленія. Этотъ терминъ примѣнялся въ греческой литературѣ къ слѣдующимъ преступленіямъ: святотатство, въ особенности нарушеніе права жертвенника, оставленіе мертвыхъ непогребенными, измѣна, цареубійство и отцеубійство. Эти преступленія подлежали суду ареопага, старѣйшаго судилища Аѳинъ. Ареопагъ отправлялъ судъ по поводу всѣхъ преступленій противъ государства и національной религіи, главными примѣрами которыхъ были: святотатство, профанація религіозныхъ тайнъ, кощунство, магія, измѣна, бѣгство, сдача врагу города или корабля. Всѣ эти преступленія влекли смертную казнь; осужденные лишались права быть погребенными на

землѣ Аттики, имущество ихъ конфисковывалось въ пользу государства, а порою, какъ то было въ особенности при измѣнѣ посредствомъ присоединенія къ врагу Аѳинъ, вмѣстѣ съ виновнымъ казни предавались и его дѣти. Во всѣхъ этихъ случаяхъ публичный характеръ дѣянія замѣтенъ сразу, каждый гражданинъ могъ возбуждать по такимъ преступленіямъ преслѣдованіе. Другими преступленіями, уже въ древнее время присоединенными къ этому списку, были: кража хлѣба или скота, причемъ воръ подвергался повѣшенію, какъ въ Римѣ, дурное обращеніе съ родителями, наказаніемъ за это была высшая степень ἀτιμία; такое же наказаніе назначалось и за клятвопреступленіе. Законы Дракона позволили каждому гражданину убить на мѣстѣ человѣка, обвиненнаго въ убійствѣ, который осмѣлится принести жертву богамъ или показаться въ священномъ мѣстѣ. Но только со времени Солона деликты противъ правъ индивида стали разсматриваться какъ публичныя преступленія. „Наилучше управляемымъ государствомъ является такое, въ которомъ каждый гражданинъ чувствуетъ всякую обиду, направленную противъ другого гражданина, и преслѣдуетъ ее съ такою же ревностью, какъ если бы онъ самъ испыталъ ее“. Въ этихъ словахъ, согласно Плутарху (Solon, 18), Солонъ провозгласилъ великій принципъ общественной солидарности по отношенію къ преступнымъ посягательствамъ на отдѣльныхъ лицъ, и этотъ принципъ отразился на его законодательной системѣ, а позднѣе былъ вполнѣ признанъ и аттическимъ правомъ. Въ эпоху великихъ ораторовъ, уголовное право развилось настолько, что Демосѳенъ могъ сказать: „Хотя гражданинъ и начинаетъ преслѣдованіе, но истиннымъ потерпѣвшимъ является государство“. Изъ наказаній, примѣнявшихся въ Аѳинахъ, были уже упомянуты смертная казнь и ατιμία, которая признавалась равно-

сильной гражданской смерти лица. Въ дѣйствительности, значеніе ея было еще бо́льшимъ, такъ какъ она не только была наслѣдственной, передаваясь нисходящимъ преступника, но и исключала его отъ защиты какъ человѣческаго, такъ и божескаго права. Всѣ болѣе тяжкія наказанія сопровождались конфискаціей имущества; кромѣ наказаній казнью и ατιμία, конфискаціей сопровождалось присужденіе къ рабству и изгнанію, хотя послѣднее технически было не наказаніемъ, а лишь признаннымъ способомъ избѣгнуть осужденія, способомъ, сопряженнымъ, впрочемъ, со многими карательными послѣдствіями. Другіе города Греціи, насколько намъ извѣстно, прошли тотъ же путь правового развитія. Достаточно, поэтому, указать лишь нѣ которыя особенности внѣаттическихъ государствъ. Въ соотвѣтствіи съ преобладающимъ воинскимъ характеромъ страны, въ Спартѣ трусость разсматривалась какъ одно изъ самыхъ ужасныхъ преступленій, (Θукидидъ, I, 5). Бѣжавшій съ поля битвы терялъ права гражданства, бракъ его расторгался, онъ долженъ былъ бродить небритымъ и въ отрепьѣ, первый встрѣчный могъ бить его безнаказанно, онъ не могъ даже ни покупать, ни продавать. Ликургъ сдѣлалъ тяжкимъ преступленіемъ холостячество (Plutarch, Lycurgus, 1, 5); подобныя же постановленія мы встрѣчаемъ и въ нѣкоторыхъ другихъ греческихъ государствахъ. Законъ Харондаса, составлявшій какъ бы обычное право Греціи, (Dareste, Nouvelles Etudes, p. 29), признавалъ ущербъ, наносимый индивидамъ, только гражданскимъ деликтомъ и установилъ таблицу денежныхъ выкуповъ, столь же подробную, какъ и та, которую мы находимъ въ законахъ варваровъ. Но тамъ содержалось также нѣсколько правилъ изъ области уголовнаго права, замѣчательныхъ главнымъ образомъ характеромъ назначаемыхъ наказаній. Такъ, клеветники, кромѣ большого штрафа,

должны были быть торжественно водимы по городу въ вѣнкахъ изъ тамариска. Дезертиры и уклонявшіеся отъ военной службы должны были три дня стоять у позорнаго столба, одѣтые въ женскія одежды. Въ эпоху, когда даже убійцы могли откупиться за свою вину извѣстной суммой, уплачиваемой родственникамъ жертвы, такія санкціи являются по истинѣ достопримѣчательными. „Несмотря на свою геніальность — пишетъ Летурно (p. 340),—греки спускались до уровня ослѣпленія іудеевъ, карая цѣлый городъ за религіозное преступленіе". Наиболѣе извѣстнымъ примѣромъ этого является полное разрушеніе города Цирры съ посвященіемъ территоріи его Пиѳійскому Аполлону, сдѣланное во исполненіе приговора Дельфійскаго оракула.

Среди раннихъ преступленій въ римской исторіи, относящихся еще къ эпохѣ до XII Таблицъ, привлекаютъ особенное вниманіе два — perduellio и parricidium. Терминологія перваго изъ нихъ, которую мы уже разсматривали, не оставляетъ сомнѣнія, что первоначально здѣсь имѣлась въ виду военная измѣна Риму, проявлявшаяся обыкновенно или въ proditio или въ transfugium. XII таблицъ, повидимому, предусматриваютъ то же преступленіе. Марціанъ, цитируемый въ Дигестахъ (48. 4, 3 p.), пишетъ: Lex XII tabularum jubet eum qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit capite punire (законъ XII таблицъ предписываетъ карать смертною казнью того, кто подстрекнетъ врага или выдастъ гражданина врагу). Происхожденіе слова parricidium составляло загадку для древнихъ и для современныхъ филологовъ. Присціанъ писалъ: Parricida, quod vel a pari componitur, vel a patre; quibusdam a parente videtur esse. (Parricida происходитъ отъ равнаго или отъ отца, а, по мнѣнію нѣкоторыхъ, отъ родителя). Лаврентій Лидъ, принимавшій это толкованіе, сомнѣвался все же въ томъ, является ли *a* въ parentes крат-

кимъ или долгимъ, иными словами, имѣются ли здѣсь въ виду родители или другіе римскіе граждане. Фестъ, очевидно, принимаетъ толкованіе этого слова, какъ состоящаго изъ par и caedes, такъ какъ онъ пишетъ: Parricida non utique est is qui parentem occidisset, sed qualemcunque hominem indemnatum (P. называется не только тотъ, кто убиваетъ родителя, но убившій всякаго свободнаго человѣка), и въ доказательство своего утвержденія онъ приводитъ законъ Нумы: „Si quis hominem liberum dolosciens morti duit, parricidas esto. Современные авторы увеличили число толкованій. По мнѣнію Моммзена, parri стоитъ вмѣсто per—лживо, неправомѣрно; по Ленингу—вмѣсто perperam, причемъ въ обоихъ случаяхъ оно означается — неправомѣрное убійство. Предполагали даже, что первые два слога произошли отъ индо-европейскаго pasâ—родъ, paso—сородичъ (по гречески πηός). Брунненмейстеръ, принимающій это послѣднее толкованіе, считаетъ, что слово имѣло сначала болѣе узкій смыслъ убійства одного изъ гентиловъ, а законъ Нумы придалъ ему болѣе широкое значеніе убійства всякаго свободнаго человѣка. Мы не считаемъ себя компетентными судить о сравнительныхъ достоинствахъ того или другого филологическаго объясненія, но изъ всѣхъ толкованій слѣдуетъ, что слово это означаетъ либо убійство сородича, либо убійство свободнаго человѣка. Въ пользу послѣдняго мнѣнія говоритъ законъ Нумы, но нашимъ единственнымъ авторитетомъ относительно существованія такого закона является Плиній (Hist. nat. XVIII, 3); но даже онъ оставляетъ насъ въ полномъ невѣдѣніи относительно того, какъ по этому закону приводилась въ исполненіе смертная казнь. „Едва ли это наказаніе могло происходить въ порядкѣ судебнаго приговора, иначе мы имѣли бы какія-либо указанія на измѣненія права въ этой области; ибо смертная казнь не примѣнялась въ историческія времена республикан-

скаго Рима (Черри, Развитіе уголовнаго права, стр. 60). Брунненмейстеръ, пожалуй, правъ, утверждая, что наказаніе—sit venia verbo—было deo necari, и производилось рукою proximus agnatus, а при такихъ условіяхъ законъ Нумы только узаконялъ кровавую месть. Дѣйствительно, ничего не указываетъ, что убійство являлось въ Римѣ преступленіемъ до lex Cornelia de sicariis. А между тѣмъ parricidium считалось преступленіемъ съ древнихъ временъ. Мы не только читаемъ въ Дигестахъ (1, 2, 2, 23) о томъ, что въ эпоху XII таблицъ существовали questores parricidii, но и нѣкоторыя другія преступленія, несомнѣнно, относящіяся къ древнимъ, карались, если не какъ parricidium, то, по крайней мѣрѣ, подобно имъ. Цицеронъ сообщаетъ намъ: sacrum sacrove commendatum qui clepserit rapsitque parricida esto [1]) (De legibus, II, 9). Вѣроятно, это древнее преступленіе тѣсно соотвѣтствовало отцеубійству въ современномъ смыслѣ, и лишь постепенно въ него стали включать убійство другихъ близкихъ родственниковъ, вслѣдствіе чего терминъ этотъ сталъ неопредѣленнымъ и растяжимымъ, пока, наконецъ, lex Pompeia не далъ перечень родственниковъ, убійство которыхъ наказывается какъ parricidium. Этотъ взглядъ поддерживается не только аналогіей съ греческимъ правомъ, въ которомъ убійство родителей признавалось уже съ давнихъ временъ публичнымъ преступленіемъ, но и самими римскими источниками. Текстъ, приписываемый XII таблицамъ: „qui parentem necasse indicatus est, ut is obvolutus et obligatus corio devehatur in profluentem“ является, вѣроятно, не подлиннымъ; но Валерій Максимъ, сообщивъ, что къ parricidas примѣнялось poena culei (наказаніе мѣшкомъ, вначалѣ служившее для покаранія нерадивыхъ стражей Сивиллиныхъ книгъ), продолжаетъ: Pari vindicta parentum ac

[1]) Кто похититъ священный предметъ или что-либо изъ священнаго мѣста, будетъ parricida.

deorum violatio expianda est [1]). Можно сказать, что три преступленія: незаконное оглашеніе священныхъ изреченій, parricidium и sacrileguim, т.-е. кража имущества, посвященнаго богамъ, образуютъ группу древнѣйшихъ преступленій, и ихъ тѣсная связь другъ съ другомъ доказывается тѣмъ, что преступникъ въ каждомъ случаѣ наказывался одинаково: его бросали въ воду какъ бросали уродливое дитя. Всѣ эти преступленія вѣдались questores parricidii вмѣстѣ съ peculatus, похищеніемъ скота, принадлежащаго государству. Но мы еще не исчерпали уголовного права Рима въ періодъ царей. Уголовнымъ преступленіемъ являлось совершеніе какого-либо дѣйствія, которое оффиціально было признано приносящимъ несчастье: «quaeque augur injusta nefasta vitiosa dira delixerit, irrita infectaque sunt; quique non paruerit, capital est (Cicero, De leg. II, 8) [2]). Весталка, нарушившая свой обѣтъ цѣломудрія, хоронилась живою, а ея соблазнитель предавался казни; если мужчина видѣлъ ея наготу, хотя бы случайно, онъ терялъ жизнь (Плутархъ, Numa, 10). Sacratio человѣка или быка была наказаніемъ за перепаханіе границъ: qui terminum exarasset et ipsum et boves sacros esse (Festus, voc. Terminus) [3]). Это было первымъ изъ преступленій противъ сельской собственности, игравшимъ выдающуюся роль въ уголовномъ правѣ XII таблицъ, хотя, вѣроятно, эти преступленія карались еще задолго до составленія этого кодекса. «Frugem aratro quaesitam furtim noctu parisse aut secuisse puberi XII tabulis capital erat suspensumque Cereri necari jubebant—пишетъ Плиній (Hist. Nat., XVIII, 3, 12).

[1]) Одинаковой карой должно быть искупаемо нарушеніе правъ боговъ и правъ родителей.

[2]) Все, что авгуръ обозначитъ какъ несправедливое, богомерзкое, порочное или ужасное, будетъ зараженнымъ, и тотъ, кто не станетъ повиноваться, подлежитъ казни.

[3]) Если кто перепашетъ границу, тотъ и быкъ его да будутъ закляты.

Постановленіе XII таблицъ гласило, вѣроятно, такъ: „Si impavit in lactam segetem alterius, noxiam sarcito.Si noctu impavit secuitve sciens dolo malo suspensus Cereri necator“ [1]). Околдовать посѣвы сосѣда, днемъ или ночью, съ намѣреніемъ лишить его жатвы или перенести ихъ на свою землю—являлось преступленіемъ, которое должно было быть искуплено повѣшеніемъ на arbor infelix. И если мы можемъ вѣрить Сервію (комментарій къ стиху Виргилія «atque mala vites incidere falce novellas»), та же участь ожидала того, кто срѣзалъ чужіе деревья или виноградники. Причиненіе смерти магіей, или ядомъ (оба понятія входили въ слово venenum, употреблявшееся въ XII табл., по словамъ Моммзена) влекло за собою казнь путемъ отравленія (Plinius, Hist. Nat., 28, 2). Тотъ же памятникъ предписывалъ fustuarium supplicium (тѣлесное наказаніе) за injuria, называемую въ XII таблицахъ occentare, и carmen condere. Теперь это мѣсто повсюду понимается, какъ сочиненіе пасквиля или клеветы на кого-либо. Такое толкованіе мыслимо, но мы все же должны указать, что въ текстѣ эти слова употребляются въ ихъ старинномъ значеніи заговоровъ, такъ что это преступленіе должно значить: причиненіе кому либо ущерба посредствомъ магическихъ формулъ. Законъ запрещалъ также, подъ угрозой казни, ночныя сборища въ городѣ и злоупотребленіе довѣріемъ со стороны патрона въ отношеніи кліента „patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto.“ [2]) Остаются нѣкоторыя общеизвѣстныя дѣянія, за которыя XII таблицъ также угрожаютъ смертью, но они не являются преступленіями въ собственномъ смыслѣ, такъ какъ осуществленіе кары за нихъ зависѣло отъ потерпѣвшаго. Въ такомъ частномъ порядкѣ преслѣдовались

[1]) Если кто околдуетъ посѣвы другого — платитъ штрафъ, а если околдуетъ ночью или срѣжетъ по злому умыслу, то будетъ преданъ казни повѣшеніемъ ради Цереры.

[2]) Если патронъ обманетъ кліента, то да будетъ онъ заклятъ.

лжесвидѣтельство, взяточничество судей, избирательные подкупы; въ случаѣ осужденія самъ потерпѣвшій приводилъ смертный приговоръ въ исполненіе (Mommsen, Römisches Strafrecht, p. 668). Юридическая природа поджога является сомнительной (Gaius въ Дигестахъ 47, 9, 9). Furtum manifestum (открытое похищеніе) каравшееся verberatio и addictio, и injuria, которая влекла таліонъ, являлись гражданскими деликтами, такъ какъ стороны могли мириться другъ съ другомъ. Въ теченіе трехъ вѣковъ, протекшихъ со времени изданія XII таблицъ, уголовное право Рима оставалось безъ всякихъ перемѣнъ и ни одно преступленіе не было присоединено къ прежнему списку. Отдѣльные акты, вредные для республики, подводились подъ perduellio, пока терминъ этотъ не сталъ эластичнымъ и столь же всеобъемлющимъ, какъ crimen majestatis въ эпоху имперіи. Лишь посредствомъ несоблюденія принципа XII таблицъ „privilegia ne irroganto“ республиканскій Римъ смогъ удовольствоваться столь скуднымъ уголовнымъ законодательствомъ. Когда приходилось назначать наказаніе, не имѣвшее прецедента, прибѣгали къ ссылкѣ на mos majorum. Эта практика была крайне облегчена, благодаря тому, что только народное собраніе, комиціи, могло судить гражданина за преступленіе, влекущее смертную казнь. Каждое преступленіе, какъ вѣрно замѣчаетъ Мэнъ, принимало форму законодательнаго билля о наказаніи, „и народъ, охраняя свое величіе, заставлялъ законъ говорить даже тогда, когда законъ оставался молчаливымъ“ (Du Boys, Peuples anciens, p. 364). Мэнъ признаетъ Lex Calpurnia repetundarum за начало новой эры въ римскомъ уголовномъ правѣ. Но лишь въ многочисленныхъ законахъ Корнелія Суллы деликты противъ отдѣльныхъ гражданъ впервые въ римской исторіи стали разсматриваться какъ публичныя преступленія.

Обращаясь теперь къ древнимъ славянскимъ законамъ, мы на первомъ мѣстѣ встрѣчаемъ русскій

памятникъ Русскую Правду, узаконяющую кровавую месть за убійство и излагающую скалу выкуповъ за другіе деликты. Но она не содержитъ постановленій собственно уголовнаго характера. Только въ Судебникѣ Ивана III, опубликованномъ въ 1498, вскорѣ послѣ паденія монгольскаго ига, мы начинаемъ встрѣчать постановленія о публичныхъ преступленіяхъ. Смертная казнь здѣсь назначается за слѣдующія преступленія: измѣну, убійство рабомъ своего господина—преступленіе, соотвѣтствующее старо-англійскому petit treason, святотатство и подметчество, преступленіе, соотвѣтствующее римскому furtum oblatum. Поджигатели и другіе преступники могли быть убиты на мѣстѣ преступленія, но это являлось узаконенной местью, а не наказаніемъ. Судебникъ Іоанна IV, опубликованный въ 1550 г., включаетъ убійство въ число публичныхъ преступленій. Въ сербскомъ кодексѣ Стефана Душана, который на два вѣка старѣе Судебника, убійство разсматривается какъ публичное преступленіе и карается, если оно учинено безъ умысла, пенею, а если умышленно, то потерей обѣихъ рукъ (ст. 66). Казнь предусматривается лишь за нѣкоторые случаи квалифицированнаго убійства; повѣшеніе—за убійство священника или монаха, сожженіе живьемъ—за убійство отца, матери, брата или ребенка (ст. 69). По статуту короля Оттона въ Богеміи (1229) убійца долженъ былъ платить головничество, смотря по званію жертвы, родственникамъ убитаго; если же убійство было совершено въ судѣ, убійца сразу осуждался и подвергался казни. Далматское право находилось въ переходной стадіи. Измѣнникъ здѣсь наказывался по усмотрѣнію князя, которое было весьма широко въ уголовныхъ дѣлахъ. Санкціей большинства преступленій являлось здѣсь денежное взысканіе, идущее въ пользу князя, который въ нѣкоторыхъ случаяхъ долженъ былъ

передавать половину общинѣ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ самъ потерпѣвшій принимаетъ участіе въ дѣлежѣ выкупа, платимаго виновнымъ. Такъ, выкупъ при убійствѣ идетъ въ пользу семьи убитаго, а князь не можетъ претендовать даже на часть этого выкупа.

Каталогъ преступленій древняго германскаго права уже цитировался нами со словъ Тацита. Изъ пяти категорій преступленій, упоминаемыхъ имъ, только послѣднее нуждается въ нѣкоторыхъ объясненіяхъ. Выраженіе corpore infames, по общему мнѣнію, относится къ виновнымъ въ мерзкихъ половыхъ порокахъ. Но это толкованіе противорѣчитъ тому факту, что только подъ вліяніемъ римскаго и христіанскаго вліяній плотскія преступленія нашли свое признаніе у тевтонскихъ народовъ. Мы поддаемся соблазну предположить, руководствуясь буквальнымъ значеніемъ этихъ словъ, что этотъ терминъ примѣнялся къ уродливымъ младенцамъ, калѣкамъ и вообще лицамъ, пораженнымъ значительнымъ тѣлеснымъ безобразіемъ. Списокъ Тацита, однако, является неполнымъ. Имѣется большое вѣроятіе предполагать, что древними преступленіями у германцевъ были святотатство и черная магія (Brunner, Rechtsgeschichte, I, 175), а также волшебство, включавшее въ себя въ языческія времена и отравленіе (Вильда). Если полагаться на Эдду, компиляцію, составленную сравнительно поздно и подъ значительнымъ вліяніемъ христіанскихъ идей, то можно утверждать вмѣстѣ съ Луазелеромъ (p. 108), что лжесвидѣтельство здѣсь было столь же древнимъ преступленіемъ, какъ и преступленія, перечисленныя у Тацита. Но это предположеніе несостоятельно. Въ большинствѣ тевтонскихъ источниковъ рѣзко выдѣляется группа преступленій, называемыхъ nithings. Только они являлись подлинными уголовными преступленіями и влекли смертную казнь. Отличительной чертой ихъ было то, что учиненіе ихъ

сразу дѣлало виновнаго низкимъ, недостойнымъ созданіемъ; составнымъ элементомъ каждаго изъ нихъ было нарушеніе вѣры или коварство. Слѣдующія дѣянія входили въ этотъ списокъ или приравнивались къ такимъ позорящимъ дѣяніямъ въ древнюю эпоху: измѣна, совершенная противъ короля или народа, дезертирство, святотатство, убійство посредствомъ магіи или яда, убійство въ нарушеніе мира, убійство заложниковъ, убійство мужа женою, и обратно, убійство отца и другихъ близкихъ родственниковъ или живущихъ подъ общимъ кровомъ, тайное убійство съ сокрытіемъ трупа, убійство послѣ принятія выкупа или принесенія торжественной присяги храненія мира, убійство человѣка во снѣ, тайное похищеніе. Христіанская мораль присоединила къ этому списку walreaf, что̀ значило сначала ограбленіе воина, павшаго на полѣ битвы, а позднѣе вообще мертваго тѣла, въ особенности, послѣ похоронъ. Однако, ручаться за полноту этого списка нельзя; нельзя и утверждать, что всѣ перечисленныя дѣянія были подлинными преступленіями въ болѣе отдаленныя времена. Переходъ отъ nithings-weorc къ преступленію, не допускающему выкупа, былъ очень медленнымъ и незамѣтнымъ, и выраженіе „неискупаемый“ въ примѣненіи къ деликтамъ противъ индивидовъ означало на континентѣ лишь то, что потерпѣвшій не могъ быть принужденъ къ принятію денежнаго вознагражденія, если онъ того не желалъ. Можно смѣло утверждать, что въ leges barbarorum мы встрѣчаемъ подлинныя наказанія лишь за очень немногія дѣянія и въ качествѣ заслуживающихъ смерти встрѣчаются только слѣдующія: серьезныя политическія преступленія, какъ измѣна, возстаніе, дезертирство, бѣгство изъ страны, заговоръ противъ князя, преступленія религіознаго характера, магія и отравленіе, которыя разсматривались даже въ христіанскія времена, не какъ престу-

пленія противъ жизни, а какъ особо опасная форма волшебства, и обыкновенно стояли рядомъ съ околдованіемъ скота и посѣвовъ; любопытно отмѣтить, что англосаксонское слово mordhaed, mordweorc означаетъ не убійство (murder), а отравленіе, караемое въ силу его связи съ чернокнижіемъ языческихъ временъ. Только въ исключительныхъ случаяхъ преступленія противъ индивидовъ разсматриваются, какъ публичныя преступленія, кража—въ рѣдкихъ случаяхъ, убійство—почти никогда. Только саксонское право, единственное изъ мѣстныхъ законодательствъ, назначаетъ наказанія тамъ, гдѣ другіе кодексы говорятъ о денежныхъ выкупахъ. Въ другихъ мѣстахъ встрѣчается болѣе развитое уголовное право только тамъ, гдѣ приняты были римскіе обычаи и понятія, какъ, напр., среди лонгобардовъ, бургундовъ и вестготовъ. Вообще вредъ, причиненный индивиду, порождалъ только денежное вознагражденіе, и въ случаѣ искупаемыхъ деликтовъ отъ потерпѣвшаго исключительно зависѣло принять или не принять вознагражденіе. Даже тамъ, гдѣ назначалось изгнаніе, примѣненіе его первоначально зависѣло отъ потерпѣвшаго и его семьи, такъ что на изгнаніе нельзя смотрѣть, какъ на наказаніе, а лишь какъ на форму принудить виновнаго придти къ соглашенію съ потерпѣвшимъ. Капитуляріи Меровингскаго и Карловинскаг періодовъ значительно расширили списокъ уголовныхъ дѣяній. Разбой, похищеніе людей, кража, убійство, поддѣлка монеты, кровосмѣшеніе, изнасилованіе послѣдовательно становятся преступленіями, причемъ многія изъ нихъ передаются въ подсудность духовнаго суда вмѣстѣ съ рядомъ религіозныхъ нарушеній, объявленныхъ публичными преступленіями. Карлъ Великій пошелъ такъ далеко, что угрожалъ наказаніемъ тѣмъ, кто будетъ ѣсть мясо въ постъ. Но золотой вѣкъ уголовной юриспруденціи длился недолго. Съ упадкомъ и

окончательнымъ распаденіемъ франкской монархіи онъ прекратился. Выкупы опять заняли мѣсто публичныхъ каръ и въ теченіе безправія среднихъ вѣковъ только слабый и бѣдный расплачивались своимъ тѣломъ за нарушеніе закона, а могущественные сами мстили сильной рукой за причиненныя имъ обиды и, нарушая законъ, причиняли обиды другимъ. Таково было положеніе вещей въ Германской Имперіи, пока дѣйствительное уголовное право вновь не возродилось въ уложеніи Карла V 1532 г.

Въ Англіи зародышъ уголовнаго права можно найти въ „невыкупаемыхъ“ дѣяніяхъ англо-саксонскихъ законовъ. „Если кто-либо учинитъ заговоръ противъ жизни короля или самъ, или посредствомъ укрывательства высланныхъ, или чрезъ своихъ людей, то онъ поплатится жизнью и всѣмъ, что имѣетъ“. Такъ гласитъ законъ короля Альфреда (ст. 4). Другой законъ Альфреда назначалъ смертную казнь за драку въ королевскомъ дворцѣ, если преступникъ захваченъ на мѣстѣ. Ательстанъ сдѣлалъ преступленіемъ заговоръ противъ господина и назначилъ за walreaf изгнаніе; послѣднее постановленіе воспроизводится въ законахъ Генриха I (с. 83, p. 3) въ словахъ: „weilref wargus habetur“ (признается лишеннымъ мира). Законъ Этельреда (VIII, 9) постановляетъ: „если кто-либо будетъ биться въ церкви или въ домѣ короля, то пусть потеряетъ онъ все, что имѣетъ, и отъ милости короля будетъ зависѣть, сохранить ли ему жизнь или нѣтъ“. Въ законахъ Кнута (II, 65) мы читаемъ: „Кража со взломомъ и поджогъ, открытая кража и измѣна лорду являются по свѣтскому закону не допускающими выкупа“; это постановленіе повторяется въ законахъ Генриха I со включеніемъ „effractio pacis ecclesiae vel manus regis per homicidium“ (нарушеніе мира церкви или королевскаго помѣстья посредствомъ убійства). Нарушеніе королев-

скаго мира упоминается почти во всѣхъ законахъ, и едва ли слѣдуетъ подробно указывать, что оно впослѣдствіи стало краеугольнымъ камнемъ всего англійскаго уголовнаго права.

Нашъ обзоръ постановленій древнихъ кодексовъ показалъ, что понятія, которыя вдохновляли уголовное право у его колыбели, сохранились и на болѣе высокихъ стадіяхъ эволюціи. Преступленія религіознаго характера продолжаютъ занимать выдающееся мѣсто и желаніе смыть скверну грѣха является, по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ системахъ, господствующимъ факторомъ въ наказаніи. Относительно индусскаго права, напр., справедливо замѣчали (Wake, I, 216), что признакомъ преступности является нечистота, а не обратное, какъ учатъ насъ современныя представленія о нравственности. „Какъ огонь пожираетъ все, съ чѣмъ онъ входитъ въ соприкосновеніе, такъ и вина человѣка своимъ естественнымъ дѣйствіемъ и дѣйствіемъ демоновъ, въ которыхъ она воплощена, приноситъ страданіе и смерть не только виновному, но всякому, связанному съ нимъ — въ такихъ словахъ Ольденбургъ (Mommsen, Kulturvölker) суммируетъ представленіе о виновности по идеямъ Ведъ. Когда Моисей предписываетъ карать великихъ преступниковъ, онъ заключаетъ свою заповѣдь приблизительно такою или похожею фразой: „и такъ устранишь ты зло отъ себя самого“ или „отъ васъ“ или „отъ Израиля“. Въ непосредственной связи съ такими взглядами стоятъ примѣры коллективной отвѣтственности, охватывающей порою всѣхъ жителей города, къ которому принадлежитъ виновный. Они служатъ отраженіемъ постановленій почти всѣхъ архаическихъ законодательствъ, требующихъ, чтобы домъ, если не весь городъ, въ которомъ жилъ преступникъ былъ сравненъ съ землей, чтобы онъ никогда не отстраивался и чтобы движимое имущество было изъято

изъ оборота. Законы Ману (IX, 244) предписываютъ: „Пусть добродѣтельный князь не присваиваетъ себѣ имущества тяжкаго преступника; ибо тотъ, кто присвоитъ себѣ это имущество изъ жадности, осквернитъ себя тою же виною; омывъ это имущество въ водѣ, онъ долженъ предложить его Варунѣ или отдать его ученому и добродѣтельному браману". Мы видимъ, что индусское духовенство предвосхитило такимъ образомъ папское выраженіе „non olet". Святость есть противоядіе заразѣ грѣха и, вмѣсто уничтоженія, имущество преступника можетъ быть посвящено божескимъ цѣлямъ. Таковъ смыслъ consecratio, а publicatio есть лишь трансформація consecratio (Du Boys, Peuples anciens, p. 252). Такъ, въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, когда государственная казна заняла мѣсто божества по полученію конфискуемаго имущества преступника, доходы отъ штрафовъ расходовались по прежнему на украшеніе храмовъ или на устройство публичныхъ игръ въ честь боговъ (Ливій, X, 23, 33, 47, Плиній, 33, 4). Не только люди, но и животныя осквернялись участіемъ въ преступленіи, особенно при совершеніи противоестественныхъ пороковъ, и они обыкновенно убивались вмѣстѣ съ преступникомъ или только одни, въ то время какъ человѣкъ изгонялся, какъ то было въ норвежскомъ правѣ, или наказывался по усмотрѣнію судьи, какъ въ магометанскомъ правѣ. Страхъ магіи сохраняется въ той же степени и попрежнему организованная сила общества направлена къ репрессіи вѣдовства и его спутника—отравленія. Еще сильнѣе, чѣмъ раньше, половая нравственность предписывается подъ угрозой строгихъ каръ. Противоестественные пороки разсматриваются повсюду, какъ ужасающія преступленія, а изнасилованіе, соблазнъ, прелюбодѣяніе и даже простое внѣбрачное сожительство принимаютъ все болѣе и болѣе характеръ публичныхъ преступленій. Измѣна пріобрѣ-

таетъ болѣе широкое значеніе. Уже не является болѣе необходимымъ ждать, пока виновный вступитъ въ соглашеніе съ врагомъ, воюющимъ со страною, или совершитъ серьезное нарушеніе воинской дисциплины; на этой стадіи развитія внѣшняя безопасность государства охраняется весьма ревностно. Заговоръ противъ короля или установленнаго порядка правленія, возстаніе, мятежъ фигурируютъ почти во всѣхъ кодексахъ, а эмиграція и оскорбленіе величества — въ нѣкоторыхъ. Но уже не только посягательства противъ невидимыхъ силъ или противъ общественнаго организма составляютъ содержаніе уголовнаго права. Въ теченіи эволюціи, какъ она намѣчается въ кодексахъ древнихъ цивилизацій, воздающее правосудіе нисходитъ съ воздушныхъ высотъ и начинаетъ принимать во вниманіе обиды, наносимыя отдѣльнымъ гражданамъ. Но, странно сказать, преступленія противъ собственности появляются значительно раньше, чѣмъ преступленія противъ личности; кража становится публичнымъ преступленіемъ въ тотъ періодъ, когда убійца остается еще лицомъ къ лицу лишь съ семьею убитаго. Медленно и болѣзненно уголовное право начинаетъ устанавливать кары за посягательства на жизнь; сначала охраняется жизнь лицъ, особенно священныхъ, а затѣмъ и жизнь обыкновенныхъ людей начинаетъ пользоваться по временамъ охраной при спеціальныхъ условіяхъ; и только съ достиженіемъ высокаго культурнаго уровня святость человѣческой жизни in abstracto признается уголовнымъ законодательствомъ.

Причины, которыми объясняются постепенныя наслоенія въ уголовныхъ кодексахъ, даютъ намъ ключъ къ пониманію наказанія въ различныя эпохи соціальной исторіи. Факторы, проявлявшіе свое дѣйствіе, были слишкомъ многочисленны, чтобы разсмотрѣть каждый изъ нихъ въ отдѣльности. Безъ сомнѣнія, одно уже

примѣненіе основныхъ понятій къ новымъ областямъ жизни привело къ значительному расширенію уголовнаго права. Мы можемъ, напр., быть увѣренными, что мотивъ для покаранія пьянства въ магометанскомъ, китайскомъ и мексиканскомъ правѣ лежалъ въ сферѣ вѣрованій въ магію, и алкоголь, подобно другимъ ядамъ, разсматривался, благодаря своему специфическому дѣйствію, какъ обладающій сверхъестественными свойствами. Затѣмъ, благодаря расширительному толкованію новыхъ явленій, многіе новые проступки подводились подъ понятіе старыхъ преступленій. Юридическія фикціи признавались уже на младенческихъ ступеняхъ уголовнаго права и оказались весьма цѣнными при дальнѣйшемъ развитіи. Такъ, мы читаемъ про гуроновъ (Steinmetz, Etnol. Studien, II, 343), что люди, по той или иной причинѣ ставшіе въ тягость для деревни, какъ вѣдомые воры, прелюбодѣи, нарушители домашняго мира, вмѣшивающіеся въ чужія дѣла, или лица, находящіяся въ подозрительныхъ сношеніяхъ съ иностранцами, обвиняются въ томъ, что они имѣютъ дурной глазъ или занимаются черною магіей. Точно такъ же Нейгаузъ называетъ обвиненіе въ волшебствѣ „средствомъ, примѣняемымъ у кафровъ, для того, чтобы освободиться отъ нежелательнаго элемента“. Среди краснокожихъ и среди африканскихъ негровъ мы должны различать, употребляя современные термины, дѣйствительное колдовство отъ конструктивнаго вѣдовства, къ которому относится разнообразный подборъ дѣяній, не имѣющихъ ничего общаго съ вѣдовствомъ, но въ силу фикціи приравниваемыхъ къ нему и наказываемыхъ на одинаковомъ съ нимъ основаніи. Мы уже показали, какъ римская юриспруденція распространяла значеніе термина perduellio, которое первоначально означало лишь вступленіе въ связь съ врагами, а затѣмъ стало означать всякій актъ, вредный для государства,

и какъ народное собраніе пользовалось понятіемъ mores maiorum, т.-е. чисто фиктивными прецедентами, для того, чтобы оправдать наказанія за дѣянія, не предусмотрѣнныя въ законѣ. Побудительной силой во всѣхъ случаяхъ была, конечно, забота о благосостояніи страны. Политика пользуется уголовнымъ кодексомъ для того, чтобы защищать гражданина отъ посягательствъ въ такихъ обстоятельствахъ, когда онъ самъ не въ состояніи успѣшно защитить себя. Такъ карается совершеніе дѣянія ночью и остается безнаказаннымъ совершеніе его днемъ; здѣсь, быть-можетъ, не безъ вліянія оказалось представленіе о томъ, что тотъ, кто дѣйствуетъ во тьмѣ, пользуется помощью темныхъ силъ. Суровое отношеніе тевтонскаго права къ nithings-weorc допускаетъ то же самое объясненіе. Но этотъ принципъ очень характерно проявляется при наказаніи кражи по мексиканскому праву, по которому похищеніе собаки ненаказуемо, такъ какъ „собака имѣетъ зубы, чтобы защищаться“. Однако, среди вліяній, способствовавшихъ развитію уголовнаго права, слѣдуетъ указать спеціально на три вліянія, наложившихъ свою печать на дальнѣйшее развитіе. Это суть: 1) эволюція религіи; 2) эволюція власти; 3) укрѣпленіе мира.

Результаты нашего изслѣдованія о происхожденіи наказанія могутъ быть суммированы въ слѣдующихъ положеніяхъ:

1. Неправильно утвержденіе, что въ началѣ существовало единое право, въ которомъ заключались въ недифференцированномъ видѣ право гражданское и уголовное. Карательное и гражданское право не могутъ быть уподобляемы двумъ стволамъ, выросшимъ на одномъ и томъ же корнѣ. Они возникаютъ изъ самостоятельныхъ источниковъ и скорѣе напоминаютъ двѣ рѣки, текущія по параллельнымъ русламъ, причемъ одна рѣка, въ извѣстныхъ мѣстахъ, посылаетъ свои рукава въ другую.

2. Месть является источникомъ не наказанія, а права возмѣщенія посредствомъ гражданскаго иска деньгами или дѣйствіями, и подлежитъ не уголовной, а гражданской юрисдикціи. Суды, вмѣшиваясь въ споры между частными лицами, рѣшали только вопросъ, имѣлъ ли мѣсто деликтъ, по поводу котораго истецъ ищетъ мести или денежнаго вознагражденія. По нѣкоторымъ деликтамъ отвѣтственность передъ потерпѣвшимъ позднѣе замѣнилась наказаніемъ, но не превратилась въ него.

3. Общественное негодованіе находило свое выраженіе въ страстной реакціи противъ злодѣянія. Но нѣтъ доказательствъ того, что источникомъ наказанія явились расправы толпы.

4. Уголовное законодательство часто создавалось для того, чтобы служить интересамъ господствующихъ классовъ или одержавшей побѣду политической партіи. Но исторія опровергаетъ взглядъ, что наказаніе было сначала оружіемъ, выкованнымъ аристократіей изъ числа завоевателей для защиты своихъ привилегій отъ посягательствъ со стороны побѣжденныхъ массъ.

5. Несостоятельнымъ является и то утвержденіе, что государство унаслѣдовало свою уголовную юрисдикцію отъ дисциплинарной власти отца семьи и что семейный судъ послужилъ образцомъ для судовъ государства. Аналогія между домашнимъ исправленіемъ и публичнымъ наказаніемъ является позднѣйшимъ открытіемъ, навѣяннымъ теоріей исправленія, этимъ плодомъ доктрины о попечительномъ правительствѣ.

6. Первыми преступленіями являлись тѣ, которыя дѣйствительно или по господствовавшимъ въ извѣстную эпоху взглядамъ ставили въ опасность общество, подвергая его риску мести со стороны внѣшнихъ враговъ или міра духовъ, риску навлеченія скверны грѣха посредствомъ приведенія въ движеніе какъ бы механическихъ тайныхъ силъ. Такимъ образомъ страхъ былъ

основнымъ чувствомъ, лежащимъ въ основѣ уголовнаго права.

7. Древнѣйшими формами наказаній являлись уничтоженіе преступника вмѣстѣ со всѣмъ, что ему принадлежало, или изгнаніе его изъ страны. Цѣлью этого было изъятіе изъ общества того, кто являлся источникомъ опасности, пока онъ оставался въ средѣ людей. Наказаніе вначалѣ было мѣрой соціальной гигіены. Страданія, которыя вызывало примѣненіе наказанія, были побочнымъ результатомъ, спеціально не имѣвшимся въ виду, и они не причинялись сознательно съ тѣмъ разсчетомъ, чтобы превысить степень, необходимую для достиженія главной задачи наказанія.

Пер. М. З.

Карлъ Биндингъ.

О происхожденіи публичнаго наказанія въ германо-нѣмецкомъ правѣ [1]).

I. Преступленіе и наказаніе ассоціируются другъ съ другомъ, какъ нѣчто очевидное, и связь эта мыслится существующей съ самаго возникновенія права. Мыслить такъ можетъ, однако, только тотъ, кто считаетъ возможнымъ называть наказаніемъ всѣ тѣ невыгодныя послѣдствія, которыя ниспосылаетъ право на виновника преступленія. Но этимъ упрощеніемъ затемняется одно изъ самыхъ величественныхъ явленій міровой исторіи. Передъ одинаковостью причинъ исчезаетъ основное различіе ихъ послѣдствій, и одинъ смутный терминъ покрываетъ существенныя измѣненія въ составѣ тѣхъ чувствъ, которыя являлись рѣшительнымъ отвѣтомъ на злодѣяніе. Ибо порожденное страстью преступленіе въ теченіе тысячелѣтій и находило свой отвѣтъ въ страсти, ею вызванной. И поразительно! Поскольку намъ извѣстна исторія культурныхъ народовъ, характеръ этихъ отвѣтовъ чувства имѣлъ въ существенныхъ чертахъ одинаковое направленіе въ своемъ развитіи. Но я не собираюсь здѣсь пускаться въ обозрѣніе сравнительно-правового матеріала, а ограничусь лишь германо-нѣмецкимъ правомъ.

II. Наше современное наказаніе является публичнымъ. Но таковымъ оно является не потому, что оно назначается уголовными судами или что содержаніе его опредѣляется закономъ и приговоромъ, и что государ-

[1]) D-r Karl Binding. Entsehung der öffentlichen Strafe in deutsch-germanischen Rechtet, Leipzig, 1909. Rektoratsrede.

ственныя власти большею частью приводятъ его въ исполненіе. Все это имѣется и при частномъ наказаніи. И домашній арестъ офицеровъ, который они сами приводятъ въ исполненіе, является все же подлиннымъ публичнымъ наказаніемъ. Сущность публичнаго наказанія состоитъ исключительно въ томъ, что право на наказаніе принадлежитъ исключительно государству, съ которымъ ни въ единомъ случаѣ не конкуррируетъ полномочіе частныхъ лицъ.

Посредствомъ этого понятія публичнаго наказанія уясняется общая сущность преступленія и преступника. Преступникъ не перестаетъ оставаться членомъ правового союза, но, какъ членъ, совершившій возстаніе противъ правопорядка, онъ привлекается обществомъ къ отвѣтственности и формально подвергается правовому принужденію. Меня соблазняетъ попытка показать, что это наше публичное наказаніе является столь же молодымъ, сколь исконнымъ является преступленіе, и я могъ бы указать этапы, которые должны быть установлены на пути отъ древнѣйшихъ послѣдствій, порождаемыхъ преступленіемъ, до присущихъ намъ нынѣ воззрѣній.

Въ этой попыткѣ указать возникновеніе публичнаго наказанія въ германо-нѣмецкомъ правѣ кое-что имѣетъ только проблематическую правильность. По ряду важныхъ вопросовъ источники оставляютъ насъ безъ отвѣта или даютъ отвѣты темные и разнорѣчивые. На разногласіяхъ, порою довольно важныхъ, въ различныхъ источникахъ я не смогу останавливаться. Даже приблизительно равномѣрное использованіе ихъ здѣсь является немыслимымъ. И также болѣе отдаленныя стадіи развитія я исключаю [1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ я устраняю фантастическіе исходные

[1]) Указанія на нихъ я встрѣтилъ особенно въ правѣ фризовъ. См. His. Das Strafrecht der Friesen, 1900.

пункты. Я начинаю прямо съ того момента, до котораго позволяютъ умозаключать наиболѣе древнія части нашихъ древнѣйшихъ источниковъ. Этими древнѣйшими источниками являются, несмотря на значительно болѣе позднее время ихъ обозначенія, богатые источники скандинавскаго права, отъ исландскаго и до датскаго.

III. Я долженъ начать съ расчистки почвы. Исторія наказанія будетъ значительно искажена, если мы станемъ причислять къ правовымъ послѣдствіямъ злодѣянія человѣческія жертвоприношенія и видѣть въ нихъ древнѣйшія формы казни [1]). Такія жертвы у германцевъ были всегда государственными жертвами, приносимыми по торжественному ритуалу жрецами. Этотъ ритуалъ требовалъ въ качествѣ жертвъ для божества животныхъ и людей—мужчинъ и женщинъ. Принесеніе этихъ жертвъ должностными лицами сближаетъ жертвприношенія съ наказаніями, и довольно часто ихъ такъ называютъ. Однако, жертва вообще, и кровавая жертва, въ частности, стоитъ совершенно независимо отъ вины приносимаго въ жертву, хотя у германцевъ несомнѣнно, приносились, въ жертву и преступники. Lex Frisionum прямо указываетъ это относительно осквернителя храмовъ. Однако, цѣль жертвы не имѣетъ ничего общаго съ уголовнымъ правомъ. Жертва должна служить лишь сохраненію жизни приносящаго или приносящихъ жертву. Поэтому жертва приносится, прежде всего, богу мертвыхъ. Жажда жизни его не можетъ быть утолена. Эту жажду приносящій жертву пытается успокоить тѣмъ, что онъ заранѣе расплачивается чужою жизнью съ тѣмъ, чтобы богъ отказался отъ его жизни, или же онъ

[1]) Даже Брунн еръ (Rechtsgeschichte, I стр. 268) пишетъ: «Смертныя казни въ германской исторіи носили сакральный характеръ». Но въ это время вообще не было публичныхъ наказачій, а жертвоприношеніе не имѣло съ ними ничего общаго.

даетъ богу щедрый выкупъ за ту опасность, изъ которой онъ самъ вышелъ цѣлымъ. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ—охранительную жертву, во второмъ—благодарственную жертву, исполненіе торжественно даннаго обѣта.

Страхъ смерти, или, говоря нѣсколько мягче, наслажденіе собственной жизнью является отцомъ человѣческихъ жертвоприношеній. Отсюда жертвоприношеніе имѣло постоянную связь съ страхомъ пораженія въ борьбѣ—будь то борьба съ врагомъ, съ моремъ, или съ голодной нуждой. На этомъ покоится и полное игнорированіе виновности или невиновности приносимаго въ жертву. При выборѣ жертвы принимались во вниманіе двѣ стороны: долженъ быть принесенъ въ жертву человѣкъ, пріятнѣйшій богу мертвыхъ, и наименѣе нужный тѣмъ, которые эту жертву приносятъ. О томъ, угодна ли жертва, рѣшается каждый разъ бросаніемъ жребія или ордаліей. Обыкновенно жертва выбирается отъ одной изъ трехъ группъ. У германцевъ наиболѣе распространены были жертвоприношенія военноплѣнныхъ, что можно прослѣдить почти у всѣхъ германскихъ племенъ (см. Tacitus, Annal., I, 61; XIII, 57). Затѣмъ приносились въ жертву рабы. Такъ Тацитъ сообщаетъ въ описаніи Германіи (гл. 20), что рабы, тащившіе колесницу Нерты на праздникѣ этой богини, по окончаніи торжественнаго шествія, подвергались утопленію. Наконецъ, приносились въ жертву божеству лишенные мира, но не въ качествѣ преступниковъ, а потому что они стояли внѣ общины и были менѣе всего нужны общинѣ. Принесеніе ихъ въ жертву являлось сакральнымъ актомъ, направленнымъ противъ лишенныхъ мира, предназначенныхъ для божества [1]).

[1]) Взглядъ, что жертвоприношенія у германцевъ не имѣли ничего общаго съ наказаніемъ, раздѣлялся мною уже давно. Нынѣ

Однако, это должностное жертвоприношеніе въ двоякомъ отношеніи оказалось важнымъ для развитія уголовнаго права. Когда утвердился обычай приносить въ жертву виновника опредѣленныхъ преступленій, въ особенности нарушителя святыни, то легко могла возникнуть у германскихъ племенъ ассоціація между постыднымъ проступкомъ и назначаемой за него смертью, какъ то происходитъ въ настоящее время при угрозѣ и примѣненіи на практикѣ подлинной смертной казни. Я сказалъ бы не совсѣмъ точно, но наглядно: здѣсь могло бы создаться представленіе о преступленіяхъ, заслуживающихъ смертной казни.

Далѣе эти жертвоприношенія въ качествѣ актовъ культа выполнялись торжественно и индивидуально въ видѣ колесованія, сожженія, закопанія живымъ, утопленія и повѣшенія [1]). Эти формы лишенія жизни были въ ходу у народа, который затѣмъ поставилъ ихъ въ связь съ опредѣленными преступленіями. Противъ этихъ языческихъ жертвоприношеній должно было возстать распространявшееся христіанство, и оно, какъ то видно изъ источниковъ, не безрезультатно боролось съ нимъ. Но все же народъ удержалъ старый ритуалъ казни, и такимъ обра-

---

этотъ вопросъ отчетливо и ясно разработанъ у Mogk, Die Menschenopfer bei den Germanen, 1909. Выводъ Mogk заключается въ слѣдующихъ словахъ: «Человѣческія жертвоприношенія являлись чисто сакральными актами, а не уголовными карами, и должны быть исключены даже изъ области сакральнаго уголовнаго права». Съ появленіемъ этого изслѣдованія слѣдуетъ признать дѣло покончennымъ съ старымъ, глубоко укоренившимся, но ошибочнымъ взглядомъ.

[1]) Повѣшенію, т.-е. позорному убійству подвергались вслѣдствіе тайности ихъ дѣянія презрѣнные воры; они приносились въ жертву Одину, а прахъ ихъ разсѣивался по вѣтру. Такимъ образомъ Одинъ былъ богомъ повѣшенныхъ. Считалось преступленіемъ противъ божества снимать съ висѣлицы повѣшенныхъ такъ какъ они принадлежали божеству.

зомъ убійство ради божества явилось прообразомъ позднѣйшихъ казней во имя права.

IV. Такимъ образомъ не божество и его жертва, а право и его врагъ интересуютъ насъ здѣсь. Всѣ германскіе источники приводятъ насъ къ одному взгляду на преступленіе и на правовое послѣдствіе его. Всѣ, даже самыя воинственныя германскія племена, восхваляютъ миръ, т.-е. прочное и упорядоченное состояніе народа подъ господствомъ права. На участіи въ мирѣ покоится все правовое положеніе и правовая охрана свободнаго человѣка, его „Mannheiligkeit“, т.-е. ненарушимость его тѣла и имущества[1]). На этотъ миръ посягаетъ преступникъ. Преступленіе является нарушеніемъ мира. Всякое нарушеніе мира требуетъ, однако, преступнаго намѣренія, умысла. Не слѣдуетъ при этомъ забывать, что искусство распознаванія и установленія этой вины соотвѣтствовало состоянію древне-германской психологіи. Оба находились еще въ пеленкахъ и насъ ужасаетъ грубость этихъ попытокъ.

Такое пониманіе преступленія является весьма благороднымъ. Преступникъ дѣлаетъ себя виновнымъ не только въ отношеніи индивида, котораго онъ убиваетъ или обкрадываетъ, но и въ отношеніи всего общества, охраняющаго миръ. На современномъ языкѣ можно сказать: германцы никогда не игнорировали момента вины и публично-правового момента въ преступленіи.

Учиненное преступленіе ударяло самого преступника гораздо злѣе и суровѣе, чѣмъ оно било потерпѣвшаго или общество. Миръ охраняетъ только того,

[1]) Такъ какъ рабъ не принималъ участія въ мирѣ, то онъ не могъ и потерять его. Точно также у нѣкоторыхъ племенъ женщины не могли быть объявлены лишенными мира.

кто готовъ соблюдать его. Кто его умышленно нарушаетъ, тотъ своимъ дѣяніемъ—въ моментъ его совершенія—безпощадно порываетъ всякую связь, раньше связывавшую его съ мирною общиною. Несчастная минута превращала члена мирнаго общенія въ лишеннаго мира, въ изгнанника, не обладающаго уже больше никакими правами. Потрясающая логика! Она могла бы служить въ одинаковой мѣрѣ какъ холодному безсердечію, такъ и горячему состраданію. У германцевъ, у которыхъ возбужденіе накипало при малѣйшемъ поводѣ, это плодотворнѣйшее послѣдствіе преступленія могло разсматриваться лишь какъ порожденіе самаго страстнаго ожесточенія. Кто вторгался въ загородь мира какъ волкъ, тотъ долженъ былъ разсматриваться какъ волкъ; онъ становился волчьей головой, изгонялся въ дикія мѣста и превращался въ скитальца лѣсовъ. И, какъ говоритъ германская пословица, „медвѣдь и волкъ нигдѣ не имѣютъ мира“.

Возбудимость мирнаго союза является еще слишкомъ большой, а самъ союзъ и его силы слишкомъ малыми для того, чтобы привлечь къ отвѣтственности преступника въ предѣлахъ союза и чтобы терпѣть его здѣсь.

Въ этомъ лежитъ глубокое различіе между лишеніемъ мира и наказаніемъ, различіе, которое, несмотря на свою ясность, остается незамѣченнымъ многими. Первое является абсолютной противоположностью второго. Волка можно пугать, травить, убивать, но не наказывать [1]).

---

[1]) Здѣсь намѣчаются очень интересныя ступени развитія, которыя въ равной мѣрѣ отражаютъ стадіи развитія государственной мощи.

V. Въ противоположность нынѣ примѣняемому тщательному индивидуализированію виновности, въ германскомъ правѣ мы встрѣчаемъ примѣненіе наказанія и по отношенію къ прикосновеннымъ послѣ преступленія лицамъ. Германскому воззрѣнію не противорѣчила возможность расширить кругъ дѣятелей послѣ оконченнаго дѣянія. Кто заступился за преступника, тотъ становился виновнымъ вмѣстѣ съ нимъ въ учиненномъ преступленіи. Виновными признавались члены рода виновнаго, укрыватели. При прочномъ родовомъ союзѣ родъ вступался за своего сочлена даже въ тѣхъ случаяхъ, когда тотъ совершалъ преступленіе, но не противъ рода; вслѣдствіе этого родъ вмѣшивался въ послѣдствія преступленія, участвовалъ въ осуществленіи кровной мести.

Другое расширеніе коренится въ культѣ мертвыхъ: душа убитаго какимъ-либо лицомъ не находитъ, по воззрѣніямъ германцевъ, своего пути въ цар-

1. Приговоръ могъ бы въ противоположность старому приговору лишенія мира признать лишеннымъ мира прежняго члена общенія. Это былъ бы подлинный уголовный приговоръ правового союза относительно одного изъ своихъ сочленовъ; правовое послѣдствіе здѣсь явилось бы подлиннымъ наказаніемъ, которое состояло бы въ полномъ правоуничтоженіи. Общество объявляло себя только неспособнымъ далѣе терпѣть своего прежняго сочлена въ предѣлахъ правового союза. Наказаніе было бы такимъ образомъ подлиннымъ праволишающимъ наказаніемъ.

2. Приговоръ отнимаетъ отъ осужденнаго не личность, но лишь изгоняетъ его или высылаетъ изъ страны. Здѣсь можно впасть въ заблужденіе вслѣдствіе нѣкотораго сходства. Лишеніе мира фактически во многихъ отдѣльныхъ случаяхъ превращалось въ изгнаніе и лишенный мира удалялся изъ страны также какъ и изгнанный. Но наказаніе изгнаніемъ не отнимало личности у изгнаннаго, не лишало его гражданскаго состоянія, status civitatis: наказаніе являлось, поэтому, только ограниченіемъ свободы передвиженія. Правовой союзъ, отъ имени котораго выносится приговоръ, терпитъ дальнѣйшую принадлежность высланнаго къ правовому союзу и лишь не желаетъ терпѣть его гдѣ-либо по близости отъ себя.

ство душъ. Скитальчески бродитъ она кругомъ и стремится возсоединиться съ мертвымъ тѣломъ. Если это удается, то убитый становится „обратнымъ пришельцемъ“ и появляется среди живущихъ въ видѣ привидѣнія, предъ которымъ живущіе дрожатъ. Съ цѣлью прекращенія этого, трупы умершихъ, обратнаго пришествія которыхъ можно было опасаться, а также заживо погребаемыхъ, прибивались крѣпко къ землѣ посредствомъ особаго вбиваемаго кола, а иногда даже и окружались шипами, съ тѣмъ, чтобы сдѣлать болѣзненной для нихъ попытку къ воскрешенію [1]). Создать покой для такихъ страдающихъ душъ являлось обязанностью оставшихся въ живыхъ родственниковъ. Въ этомъ страхѣ и въ этой благочестивой обязанности родственниковъ лежитъ корень признававшейся столь священной кровной мести. Другой корень, какъ мы видѣли, находится въ реакціи на нарушеніе права, которой подвергается, вслѣдствіе убійства одного изъ своихъ сочленовъ, весь родъ. Кровная месть, однако, является не кровавой местью, но местью, которая снимаетъ кровь убитаго съ убійцы [2]).

Эти религіозныя представленія побуждали къ мести, вопреки основнымъ мыслямъ германскаго уголовнаго права, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется неумышленное убійство, такъ называемое убійство по нечаянности. Они являлись столь могущественными, что право должно было вступить съ ними въ извѣстный компромиссъ. Однако, истинное нарушеніе мира никогда не было нечаяннымъ дѣломъ.

---

[1]) Brunner. Ueber die Strafe des Pfählens im älteren deutschen Rechte, Sav. Z. Germ. A. XXVI, S. 258 сл.

[2]) Слово «кровная месть» является чуждымъ юридическому языку средневѣковья. Источники говорятъ объ inimicitia mortalis Haupt-oder Todfeindschaft. Frauenstädt, Blutrache, S. 10.

VI. Всѣ наши источники въ своихъ древнѣйшихъ составныхъ частяхъ написаны въ то время, когда отъ лишенія мира можно было уже откупаться. Поэтому они охотно обозначаютъ лишаемаго мира какъ человѣка, который въ случаѣ убійства его, остается „неотомщеннымъ“, т.-е. за убійство его также не приходится уплачивать буссы. Въ то время какъ изъ южногерманскихъ правъ законъ салическихъ франковъ (тит. LV, 1) является единственнымъ, который предписываетъ лишеніе мира—и то въ качествѣ искупаемой мѣры въ единственномъ случаѣ ограбленія трупа,—благодаря обильному примѣненію этой мѣры въ сѣверо-германскихъ источникахъ, мы можемъ все же вполнѣ ясно установить ея сущность. Въ Грагахъ, идущихъ въ этомъ отношеніи дальше всего, кромѣ весьма легкихъ случаевъ, къ которымъ лишеніе мира не находило уже болѣе своего примѣненія, встрѣчается рядъ интересныхъ указаній на лишеніе мира (такъ сочинитель любовной поэмы къ женщинѣ признавался лишеннымъ мира); извѣстно также въ сѣверныхъ источникахъ большое число случаевъ, въ которыхъ выкупъ за лишеніе мира не допускался [1]).

То, что потеря мира первоначально была единственнымъ правовымъ послѣдствіемъ всякаго нарушенія мира, явствуетъ именно изъ того, что оно могло быть выкупаемо при всѣхъ тѣхъ преступленіяхъ, при которыхъ оно уже непосредственно болѣе не примѣнялось. Объ этомъ свидѣтельствуетъ также готское слово, означавшее осужденнаго „gavargjan“, которое означаетъ буквально „признанный волкомъ“. Древнѣйшимъ германскимъ приговоромъ являлся приговоръ о преступленіи, именно приговоръ, устанавливавшій лишеніе

[1]) Такъ наз. Ubotamâl. См. Amira, Die Altnorwegesche Vollstreckungs-Verfahren, 1874. S. 18 сл.

мира обвиняемаго, иногда уже даже послѣ его смерти. Наконецъ, это доказывается и той расправой, которая происходила при поимкѣ на мѣстѣ преступленія, о чемъ мы сейчасъ и скажемъ.

VII. Если преступникъ своимъ злодѣяніемъ самъ себя устранилъ изъ мира, то по отношенію къ нему уже нельзя было совершить преступленіе. Каждый могъ совершить съ нимъ все, что угодно, въ частности, убить, ранить его, согнать съ земли. Никто не могъ принять его въ свой домъ, даже его собственная жена. Дѣти, которыя должны были отъ него родиться, признавались внѣбрачными, его имущество конфисковывалось (Frohndung) и огонь уничтожалъ вмѣстѣ съ его домомъ и воспоминаніе о немъ (Wüstung).

Насъ поражаетъ однородность масштаба, право безграничности. Здѣсь устанавливалось какъ бы равенство при полномъ игнорированіи различія тяжести учиненныхъ дѣяній и при полной безграничности возможной кары. Мы говоримъ о безграничности потому, что лишеніе мира представлялось какъ бы большимъ арсеналомъ, хранящимъ въ себѣ самыя тягчайшія кары, каждая изъ которыхъ уже сама по себѣ являлась достаточной для возмездія за тяжкое нарушеніе мира: сюда входили лишеніе жизни, тѣлесное наказаніе, изгнаніе, обращеніе въ рабство, лишеніе свободы, конфискація и разрушеніе имущества. Не такъ уже трудно было превратить эти составныя части въ самостоятельныя наказанія. Это „расщепленіе лишенія мира“, какъ его назвалъ Брунперъ, слѣдуя удачной мысли Вильда, дѣйствительно и произошло при позднѣйшемъ историческомъ развитіи. Можно было бы сказать съ небольшимъ преувеличеніемъ: лишеніе мира явилось матерью всѣхъ позднѣйшихъ наказаній, за исключеніемъ денежнаго штрафа. Эти наказанія

суть получившія самостоятельное существованіе отдѣльныя части лишенія мира [1]).

VIII. Съ признаніемъ лишенія мира становится яснымъ введеніе мести въ правовыя границы. Это признаніе является необходимой предпосылкой всякой допустимой мести. Противъ волка не существуетъ права. Поэтому германцы не знали права мести или Fehde-Recht [2]). Право мести было первоначально свободнымъ, невоспрещеннымъ, какимъ нынѣ является еще убійство разбойника и какимъ позднѣе стало убійство цыганъ,—свободнымъ первоначально и по своему объему. Мотивомъ къ осуществленію права мести являлось справедливое сознаніе недопустимости нарушенія права. Размѣръ мести въ отдѣльномъ случаѣ устанавливался соотвѣтственно съ вызваннымъ у приступающаго къ мести раздраженіемъ. Мститель являлся какъ бы адвокатомъ права, выполняющимъ высокую историческую миссію, именно:—обнаруженіе идеи возмездія, этого величественнѣйшаго и непреложнѣйшаго начала этики. Постепенно вырабатывалось искусство соразмѣренія послѣдствій преступленія съ тяжестью дѣянія.

Мститель явился первымъ носителемъ возмездія. Свою месть онъ осуществлялъ то посредствомъ убійства, то посредствомъ пораненія или изувѣченія, то посредствомъ изгнанія правонарушителя изъ страны, то посредствомъ пожизненнаго заключенія его въ своемъ

[1]) См. превосходную статью Brunner, «Abspaltungen der Friedlosigkeit» Sav. Z. germ. Abt. XI, 1890 S. 62 сл.

[2]) Здѣсь я значительно отклоняюсь отъ взгляда Brunner, который пишетъ (Rechtsgeschichte, I, S. 223): «Fehde является правомъ потерпѣвшаго и его рода»; напротивъ того, Amira (Grundriss, S. 175) «Fehde является только рефлексомъ этой беззащитности изгоняющаго, но не субъективнымъ правомъ. Таковы же взгляды Wilda и Waitz. Признаваемое Rogge (Gerichtswesen, S. 2) Fehde является одной изъ величайшихъ несладностей.

домѣ, то посредствомъ пусканія на его домъ краснаго пѣтуха и отнятія его имущества, то, наконецъ, въ видѣ удовлетворенія своего чувства страданіями и позоромъ врага—иногда даже посредствомъ грубаго юмора висѣлицы. Благодаря этому онъ являлся частичнымъ исполнителемъ лишенія мира. И дѣло остается фактически при такомъ частичномъ исполненіи. Должностного исполненія лишенія мира не существовало. Порою потерпѣвшій и совсѣмъ отказывался отъ мести. Только въ отдѣльныхъ случаяхъ создавалась правовая обязанность убить лишеннаго мира, или же, какъ то было въ Исландіи и Англіи, устанавливалась цѣна за его голову.

Но если нарушеніе мира возбуждало общество, если оно, можетъ-быть, было учинено въ народномъ собраніи, то послѣднее преслѣдовало и убивало нарушителя мира.

Дольше всего лишеніе мира сохранялось по отношенію къ тому, кто былъ застигнутъ на мѣстѣ преступленія. Даже въ томъ случаѣ, когда его дѣяніе, будучи учиненнымъ при другихъ условіяхъ, относилось къ числу допускающихъ выкупъ, даже тогда, когда онъ просилъ о принятіи выкупа, преступникъ могъ быть преданъ смерти и при этомъ рукою каждаго. Только въ позднее средневѣковье, какъ правильно отмѣчаетъ Амира (Grundriss, S. 147), право преданія смерти при поимкѣ на мѣстѣ преступленія сливается съ правомъ необходимой обороны. Послѣдній остатокъ этого лишенія мира при поимкѣ на мѣстѣ преступленія понынѣ можно видѣть въ правѣ каждаго уже не убить преступника, но подвергнуть его задержанію (ст. 127 герм. уст. уг. суд.).

Съ теченіемъ времени законодательство ограничивало примѣненіе лишенія мира: въ отношеніи времени—обязанностью отложить месть до вынесенія приговора; въ отношеніи лицъ—потерпѣвшимъ, а въ

случаѣ убійства его—его родомъ; въ отношеніи мѣста—установленіемъ особыхъ убѣжищъ, а еще позднѣе ограниченіемъ изгнанія областью суда, постановляющаго о томъ приговоръ; въ отношеніи содержанія—исключеніемъ опредѣленныхъ способовъ осуществленія мести. Но для нашихъ предковъ было характерно, что въ теченіе этого развитія они никогда не предавались таліону. Этотъ таліонъ въ его первобытномъ значеніи никогда не былъ наказаніемъ, но попыткой, объясняемой грубостью и жестокостью, ограничить месть по содержанію, и именно по объективной величинѣ причиненнаго нарушенія. Болѣе подробное изложеніе всего этого лежитъ, однако, внѣ моей задачи.

X. Какъ тяжело германскіе народы страдали при господствѣ этихъ формъ мести, превращавшихся часто въ продолжительныя воіны между отдѣльными родами, и какъ глубоко это воспринималось, доказываетъ введеніе выкуповъ за учиненное нарушеніе мира. Обычай здѣсь, безъ сомнѣнія, предшествовалъ праву. Мы видимъ, какъ на сѣверѣ выдающіеся люди, какъ Njal по разсказу саги, стремятся склонить къ принятію буссы за причиненныя преступленія, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда тяжелѣе всего было отказаться отъ мести—въ случаяхъ убійства. Когда враги сыновей окружили его дворъ, въ которомъ онъ жилъ вмѣстѣ съ сыновьями, и когда они предложили старику съ его женою покинуть домъ, то Njal сказалъ: „Я являюсь слабосильнымъ старцемъ и не могу мстить за своихъ сыновей. Но среди позора я не хочу жить.“И вмѣстѣ со своею женой онъ легъ на ложе, и пламя окутало ихъ.

Что вводится обычаемъ, то затѣмъ санкціонируется правомъ. Но не слѣдуетъ забывать, что источники права нормируютъ лишь тѣ случаи, которые стали предметомъ судебнаго разбирательства: между тѣмъ въ

теченіе цѣлаго періода уплата выкупа была возможной и безъ посредства суда, пока она изъ фискальныхъ соображеній не была запрещена въ отдѣльныхъ мѣстностяхъ.

I. Выкупъ лишенія мира происходитъ сначала посредствомъ уплаты рогатаго скота, шерстяныхъ продуктовъ, позднѣе—денегъ. Обязанными къ уплатѣ при наиболѣе тяжкомъ преступленіи—убійствѣ—были виновный и его родъ, въ остальныхъ же случаяхъ—виновный или его господинъ. Важнѣйшая бусса, вира за убійство, головничество (Mann- oder Wergeld) была столь высока, что преступникъ самъ по себѣ не могъ бы ея уплатить. Такъ, свободный франкъ требовалъ буссы примѣрно въ 200 солидовъ, а солидъ по цѣнности можно приблизительно сопоставить съ коровой.

Насъ удивляетъ, какъ месть, признававшаяся столь священной, могла быть выкупаема деньгами. Неужели алчность къ деньгамъ была тогда большей еще, чѣмъ жажда къ крови врага? Однако, и здѣсь оказывали вліяніе не только звонъ золота и не только соображеніе о томъ, что бусса сможетъ возмѣстить также причиненный ущербъ—она называлась поэтому emenda—но и то, что первоначально съ предложеніемъ буссы соединялось признаніе своей вины. Смиренно приносилось предложеніе денегъ. Виновный складывалъ свое оружіе и съ мольбою приближался къ потерпѣвшему. И въ предложеніи буссы проявлялась готовность доставить всяческое удовлетвореніе за причиненный вредъ. И тогда именно бусса являлась удовлетвореніемъ. Къ такой просьбѣ о прощеніи наши предки, несмотря на ихъ страстность, были достаточно воспріимчивы, какъ и нынѣ къ ней внимательно относятся люди, благородно мыслящіе.

Небольшой отрывокъ изъ саги о Торштейнѣ можетъ иллюстрировать это. У мудраго, слѣпого Тор-

штейна былъ убитъ сынъ. По жалобѣ отца, убійца былъ приговоренъ къ изгнанію. Когда убійца предлагаетъ буссу, Торштейнъ отвѣчаетъ изреченіемъ, вошедшимъ въ поговорку: „Я не могу носить своего сына въ кошелькѣ“ Тогда изгоняемый кладетъ старику на колѣни свою голову—въ знакъ гнѣва или милости. И тогда таетъ ледъ на сердцѣ старика, и онъ говоритъ: „Я не велю отрубить тебѣ голову. Уши сохраняются лучше всего тамъ, гдѣ они выросли“ [1]). И онъ принимаетъ выкупъ.

2. Буссы, о которыхъ говорятъ наши источники, имѣютъ обыкновенно двухъ получателей: выкупъ въ тѣсномъ смыслѣ получаетъ потерпѣвшій, а выкупъ за голову—его наслѣдники и вообще родъ убитаго; другая часть—compositio—деньги за миръ (poena pacis, wedde, gewedde, Friedensgeld) уплачивается судьѣ или, на нашемъ языкѣ, государству. Это послѣднее первоначально брало́ за содѣйствіе, оказанное возстановленію мира. Но скоро это первоначальное значеніе уплаты на сѣверѣ и на югѣ совершенно исчезаетъ, и преступникъ долженъ выкупить свой миръ въ двухъ мѣстахъ: посредствомъ буссы въ тѣсномъ смыслѣ—у потерпѣвшаго или его рода, и посредствомъ выкупа за миръ—у общины. На почвѣ совершенно иныхъ воззрѣній, какъ будетъ показано ниже, возникаетъ взглядъ на выкупъ за миръ какъ на наказаніе за нарушеніе общаго мира, называемое также „нарушеніемъ“. Любопытно отмѣтить, что выкупъ за миръ большею частью являлся меньшимъ, чѣмъ бусса. Такъ у салическихъ и рипуарскихъ франковъ онъ равнялся одной трети буссы. Правильнѣе дѣлили лонгобарды все compositio на двѣ равныхъ части между королемъ и потерпѣвшимъ.

По уплатѣ установленнаго закономъ или договоромъ выкупа миръ возстанавливался торжественнымъ согла-

[1]) Wilda. Strafrecht der Germanen. S. 173.

шеніемъ, если до того грозила или имѣла мѣсто распря. Представители оскорбленнаго рода приносили клятвенное обѣщаніе не мстить больше (Urfehde).

3. Борьба между законодательствомъ о выкупѣ, съ одной стороны, и лишеніемъ мира и местью, съ другой—распадается на двѣ стадіи:

а. Потерпѣвшему или оскорбленному роду первоначально предоставлялся выборъ между полученіемъ выкупа безъ права мести и между местью. Самъ преступникъ никогда не имѣлъ права выбора. Въ такомъ состояніи мы застаемъ право у фризовъ и нижне-саксовъ вплоть до 14 и 15 столѣтія.

б. Или же—и это представляетъ позднѣйшій и болѣе смѣлый шагъ—потерпѣвшему совершенно запрещается месть и предоставляется лишь путь отысканія буссы—cessante faida, id est inimicitia—какъ выражаются лангобардскіе источники.

Общимъ для обѣихъ стадій является признаніе впервые значительныхъ съ уголовно-правовой точки зрѣнія субъективныхъ правъ, направленныхъ не только на признаніе права, но и на предоставленіе вознагражденія въ пользу истца. Это еще не является правомъ на наказаніе, но, такъ сказать, правомъ на денежный выкупъ или даже на дверныя деньги, такъ какъ онѣ уплачиваются за открытіе дверей, возвращающихъ человѣка въ общество. Позднѣе, однако (XI, 2), они становятся первыми субъективными правами на наказаніе въ нѣмецкомъ правѣ.

На первой стадіи возникаетъ весьма интереснымъ путемъ субъективное право на вознагражденіе за отказъ отъ незапрещеннаго самосуда, отъ мести въ конкретномъ случаѣ. Потерпѣвшій обогащается посредствомъ своего отказа. На второй стадіи законодатель требуетъ общаго отказа и вознаграждаетъ его общимъ

уполномоченіемъ. Мысль о вознагражденіи за добровольный отказъ уже исчезла.

4. При буссѣ остается, однако, субсидіарнымъ лишеніе мира. Кто не можетъ или не желаетъ уплатить буссы, тотъ по общему правилу предоставляется на гнѣвъ и милость жалобщика, тотъ остается по отношенію къ нему лишеннымъ мира. Это лишеніе мира обыкновенно принимаетъ форму обращенія въ рабство. Границы обращенія съ такимъ рабомъ—какъ правильно замѣчаютъ Моммзенъ и Бруннеръ—опредѣлялись добрыми обычаями.

XI. Вся система выкуповъ, какъ она вылилась въ такъ наз. Leges barbarorum, въ народныхъ правахъ южно- и западно-германскихъ народовъ, и какъ она пережила ихъ паденіе, сохранившись, напр., въ Фрисландіи до 15 вѣка, составляетъ въ исторіи послѣдствій преступленія весьма достопримѣчательный переходный періодъ между изгнаніемъ преступника изъ общества и его наказаніемъ въ предѣлахъ общества:—между изгнаніемъ и наказаніемъ.

1. Въ сущности, миръ терялся, благодаря учиненію преступленія. Но во всѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшему уже не предоставлялось выбора между буссою и местью, исполненіе лишенія мира пріостанавливалось и погашалось посредствомъ уплаты буссы и обряда извиненія. Такимъ образомъ бусса открываетъ члену общества возвратъ въ общежитіе, а при неуплатѣ буссы получаетъ практическое примѣненіе лишеніе мира, правда, въ очень ослабленной формѣ.

2. Бусса первоначально не является вообще наказаніемъ, а скорѣе уплатой извѣстной цѣны за обратное полученіе неоцѣнимаго блага—удовлетворенія потерпѣвшаго и общества, и такимъ образомъ составляетъ не зло, а благодѣяніе для преступника.

Эта мысль обратнаго выкупа мира, посредствомъ чего, говоря словами норвежскихъ источниковъ, ли-

шенный мира изъ лѣса вкупается вновь въ землю, съ теченіемъ времени затемняется. Наступаетъ значительный поворотный пунктъ, который, конечно, не можетъ быть опредѣленъ хронологически точно. И преступникъ уже болѣе не теряетъ мира, благодаря своему дѣянію. Въ этотъ моментъ—но не ранѣе—и выступаютъ впервые наказаніе и субъективное право на наказаніе въ германонѣмецкомъ правѣ. И при этомъ въ весьма знаменательномъ сочетаніи. Бусса, идущая въ пользу потерпѣвшаго, превращается въ подлинное частное наказаніе, а выкупъ за миръ—Fredum—въ первое предназначенное для общества—слѣдовательно, публичное—наказаніе. Оба вида, обыкновенно, но не всегда идутъ рука объ руку. Оба великихъ носителя права на наказаніе, которыхъ мы видимъ въ исторіи—изъ которыхъ одинъ позднѣе уничтожаетъ другого—въ этотъ періодъ стоятъ еще въ тѣсномъ согласіи одинъ возлѣ другого.

3. Раньше, при разсмотрѣніи изгнанія, мы обратили вниманіе на отсутствіе всякой пропорціональности между отдѣльнымъ преступленіемъ и его правовымъ послѣдствіемъ. Идея возмездія дремала еще въ лонѣ временъ.

Съ появленіемъ буссы народилось правовое послѣдствіе, обладавшее безконечной постепенностью въ соотвѣтствіи съ различною тяжестью отдѣльныхъ нарушеній мира. И установленію этого уравненія посвятило себя, скорѣе въ чрезмѣрной, чѣмъ недостаточной, мѣрѣ законодательство о выкупахъ.

Первоначально германскія племена знали только двѣ суммы буссъ: виру (Wergeld) которая различалась по сословіямъ свободнаго народа и опредѣлялась обыкновенно десятичными цифрами (300, 200, 150 солидовъ), и мелкую буссу, умножаемую на 12, въ качествѣ

общаго выкупа за прочія искупаемыя дѣянія. Но эти первоначальныя суммы позднѣе начали удваиваться, утраиваться, дѣлиться, и законодательства установили подробнѣйшіе тарифы за цѣлую лѣстницу преступленій. Получалось впечатлѣніе, что преступленіе можетъ быть учинено за опредѣленную денежную сумму—впечатлѣніе, которое вызывается и нынѣ нѣкоторыми карательными санкціями.

4. Если спросить — и этотъ вопросъ является въ исторіи наказанія однимъ изъ важнѣйшихъ—„на службу какихъ аффектовъ была поставлена система выкуповъ?“, то отвѣтъ будетъ гласить: „она служила почти исключительно успокоенію чувства потерпѣвшаго или, въ соотвѣтственныхъ случаяхъ, рода убитаго.“ Всѣ прочіе члены общенія, поскольку они прежде могли помогать приведенію въ исполненіе изгнанія, были исключены. На ихъ чувства не обращалось никакого вниманія. Только потерпѣвшій могъ вчинить жалобу съ цѣлью полученія буссы; самостоятельнаго притязанія со стороны государства на уплату выкупа за миръ не могло быть возбуждено. Если преступникъ являлся слишкомъ бѣднымъ и не могъ одновременно уплатить буссу и выкупъ за миръ, то бусса имѣла предпочтеніе. Также и при внѣсудебномъ примиреніи сторонъ государство оставалось съ пустыми руками.

Но аффектъ потерпѣвшаго уже не могъ самъ искать и брать себѣ удовлетвореніе, какъ то было во время свободной мести; народное чувство опредѣляло въ законѣ, что онъ долженъ удовольствоваться извѣстною суммою денегъ, даже въ томъ случаѣ, когда его чувство это отвергало.

XII. Вильда въ своемъ превосходномъ сочиненіи „Исторія нѣмецкаго уголовнаго права“—по поводу котораго еще и понынѣ приходится пожалѣть, что оно осталось неоконченнымъ, съ такимъ знаніемъ и пони-

маніемъ источниковъ оно написано — различаетъ по господству родовъ наказанія „три главныхъ періода германскаго уголовнаго права“, которые, однако, не могутъ быть отдѣлены другъ отъ друга хронологическими датами: періодъ лишенія мира, періодъ выкуповъ и періодъ публичнаго наказанія. Мысль Вильда является, несомнѣнно, правильной; но только лишеніе мира никогда не было наказаніемъ; бусса стала имъ лишь къ самому концу второго періода, а перечисленныя имъ публичныя наказанія не были таковыми въ теченіе весьма долгаго времени.

1. Едва ли какое-либо иное точное установленіе момента въ развитіи германскаго уголовнаго права представляетъ такія трудности, какъ установленіе возникновенія и существа такъ наз. публичныхъ наказаній, направленныхъ противъ жизни, тѣла, свободы и чести. Съ полнымъ правомъ было сказано: „Существо публичнаго наказанія опредѣляется не карательною мѣрою, а тою мыслью, которая опредѣляетъ примѣненіе этой мѣры“ (Wilda, стр. 487). Между тѣмъ источники, конечно, этой мысли не отражаютъ и поэтому многое, имѣющее вѣроятность, не можетъ быть вполнѣ доказаннымъ.

Не будетъ ошибочнымъ исторически свести возникновеніе такой реакціи на преступленіе — я буду называть ее наказаніями, затрагивающими жизнь и тѣло (Strafen an Leib und Leben)—къ двумъ причинамъ: къ несоразмѣрности лишенія мира, неувѣренности въ жребіи, которому подвергался нарушитель мира, и къ вредности той мести, которую оно разрушало, а съ другой стороны, къ односторонности и недостаточной энергіи системы выкуповъ.

Первая причина приводила къ замѣнѣ общихъ послѣдствій лишенія мира частичными послѣдствіями. Эти части, ставъ самостоятельными, вытѣснили цѣлое

и стали подлинными наказаніями. Такими они стали потому, что препятствовали наступленію цѣлаго, потому, что преступникъ уже не лишался мира, а долженъ былъ искупать свое дѣяніе въ предѣлахъ группы своимъ тѣломъ и жизнью.

Здѣсь происходитъ такое же измѣненіе, какимъ характеризовалось возникновеніе системы выкуповъ. Если этотъ безсознательный процессъ изобразить, какъ сознательный, то его можно характеризовать такъ: снова въ качествѣ вознагражденія за отказъ отъ полнаго лишенія мира и свободнаго осуществленія права мести дается субъективное право на извѣстнымъ образомъ ограниченное мстительное дѣйствіе.

Особенно ясно можно видѣть это сокращеніе мести по смертной казни. Преступникъ подвергается послѣдствіямъ преступленія здѣсь уже въ предѣлахъ группы. При казни точно опредѣляется то благо, которое должно быть отнято у преступника. Такъ какъ лишеніе мира охватывало всѣ виды казни, то многіе источники не перечисляютъ видовъ могущей быть назначенной казни, и даже приговоры не восполняли этого пробѣла, а только провозглашали виновнаго достойнымъ смерти (morte dignus). Опредѣленіе рода казни было дѣломъ или судьи, предписывавшаго исполненіе казни, или даже самого исполнителя.

Лишеніе мира въ болѣе позднее время могло быть замѣняемо уплатой денежнаго выкупа. Такъ же обстояло дѣло съ выкупомъ такъ наз. публичныхъ наказаній въ теченіе всего средневѣковья. Объ этомъ явленіи, вытекавшемъ изъ крайняго неравенства богатаго и бѣднаго передъ уголовнымъ закономъ слѣдовало бы пожалѣть, если бы оно, вмѣстѣ съ тѣмъ, не приводило къ смягченію безгранично жестокихъ наказаній средневѣковья.

Уголовное уложеніе Карла V отъ 1532 г. окончательно упраздняетъ это такъ наз. откупаніе отъ на-

казанія. Однако, оно все же продолжало держаться и въ болѣе новое время.

На ряду съ преобладающею ролью смертной казни, которая стояла ближе всего къ лишенію мира, выступаютъ изувѣчивающія наказанія. Они уже и раньше служили способомъ подготовки жертвы къ жизни. Теперь же они примѣняются какъ смягченіе смертной казни. Здѣсь особенно обращается вниманіе на отношеніе между наказаніемъ и тѣмъ членомъ тѣла преступника, съ помощью котораго совершено преступленіе. Этотъ членъ чаще всего подвергается отсѣченію; такъ у фальшивомонетчика отсѣкается рука, у клятвопреступника—палецъ, которымъ приносится присяга. Возникаютъ наказанія, названныя Бруннеромъ отражающими (spiegelnde); диллетантъ говоритъ здѣсь о „таліонѣ“. Во всей этой группѣ случаевъ лишеніе мира непосредственно примыкаетъ къ наказанію: система выкуповъ исчезаетъ. Три періода Вильды превращаются въ два.

2. Хронологическій порядокъ появленія буссы и этихъ такъ наз. публичныхъ наказаній является, однако, въ цѣломъ рядѣ случаевъ обратнымъ. И тогда вообще тройное дѣленіе Вильды является подходящимъ.

Мы видимъ именно, что эти такъ наз. публичныя наказанія поднимаютъ борьбу противъ чрезмѣрнаго господства системы выкуповъ, которая кончается для нихъ полной побѣдой, а для буссы — полнымъ вытѣсненіемъ.

Уголовное уложеніе Карла V 1532 г. уже совершенно не знаетъ буссы германскаго типа; она остается въ качествѣ остатка лишь въ римской формѣ частнаго наказанія, назначаемаго гражданскимъ судомъ.

Это побѣдоносное вытѣсненіе буссы объясняется двумя причинами. Прежде всего,—ея односторонностью. Бусса предполагала платежеспособнаго преступника.

Но какъ часто недоставало у приговореннаго въ особенности къ высокой буссѣ необходимыхъ денегъ, между тѣмъ какъ слабость родственнаго союза мѣшала виновному найти помощь и поддержку въ своемъ родѣ! Всѣ неплатежеспособные испытывали одно и то же несоразмѣрно тяжкое зло — отдачу въ рабство кредитору. Богатый, напротивъ, могъ очень пренебрежительно относиться къ буссѣ. Среди племенъ, которыя осѣли на римской почвѣ, римскій примѣръ могъ показать недостаточность этихъ послѣдствій преступленія въ дѣлахъ о тяжкихъ преступленіяхъ. Справедливо указывали, что система выкуповъ должна была разрушить себя самоё.

Къ этому присоединялось еще другое. Въ эпоху народныхъ правъ укрѣплялась публичная власть. Роль королей увеличивалась. Они стремились найти болѣе энергичныя средства къ подавленію преступленій, чѣмъ тѣ, которыя представляла бусса: мысль объ устрашеніи посредствомъ наказанія заняла поэтому мѣсто буссы и проявилась въ энергичномъ примѣненіи наказаній противъ жизни и тѣла.

XIII. Но почему я говорю все время столь педантично о такъ называемыхъ публичныхъ наказаніяхъ? Эти наказанія въ дѣйствительности еще долгое время не были подлинными публичными наказаніями. Управомоченнымъ на примѣненіе ихъ являлся еще потерпѣвшій, а не общество. Судъ признавалъ лишь притязаніе потерпѣвшаго, влагалъ въ него извѣстное содержаніе и ставилъ ему извѣстныя границы. Удовлетворенію чувствъ потерпѣвшаго отводилось первое мѣсто. Это явствуетъ неоспоримо изъ уголовнаго процесса, такъ какъ во всѣ времена и у всѣхъ народовъ наилучшій выводъ относительно существовавшихъ воззрѣній на преступленіе и наказаніе можетъ быть извлеченъ изъ постановленій уголовнаго судопроизводства.

Германо-нѣмецкое уголовное судопроизводство до введенія инквизиціоннаго процесса (заимствованнаго Иннокентіемъ III около 1200 г. изъ итальянской юриспруденціи и реципированнаго въ Германіи въ концѣ 15 в., а окончательно установившагося здѣсь въ 17 вѣкѣ) было въ своей обычной формѣ состязательнымъ. Гдѣ не было обвинителя, тамъ не было и судьи. Уполномоченнымъ на обвиненіе, „главою обвиненія“ [1]), какъ его называютъ источники, былъ потерпѣвшій или его наслѣдникъ. Первоначально самъ убитый жаловался въ судъ. Трупъ его, а позднѣе мертвая рука, приносились въ судъ, и ближайшій родственникъ говорилъ вмѣсто него. Мы видимъ, что порядокъ лицъ, уполномоченныхъ на принесеніе жалобы, тщательно регулируется закономъ. Уполномоченный на жалобу не былъ обязанъ приносить ее. Или, говоря словами Саксонскаго зерцала, „онъ могъ молчать о своемъ вредѣ, если онъ того желалъ“.

Противъ частнаго обвинителя, какъ подлинной стороны, стоялъ обвиняемый, какъ другая сторона. Только между ними и происходилъ споръ. Каждая сторона приводила доказательства противъ другой. Даже въ дѣлахъ о принятіи выкупа общество не вступалось въ качествѣ стороны, несмотря на свое притязаніе на выкупъ за миръ. Единственнымъ правомъ, которое должно было найти признаніе въ приговорѣ, былс право обвинителя, боровшееся противъ права обвиняемаго. Изъ аффекта обвинителя здѣсь возникаетъ дѣйствительное правовое притязаніе на месть или, говоря строго юридически, частное право потерпѣвшаго на наказаніе, направленное противъ жизни или тѣла. Такимъ образомъ получается, съ перваго взгляда столь странный, выводъ, что карательныя мѣры противъ жизни,

[1]) Amira, Grundriss. S. 152.

тѣла, свободы и чести въ теченіе столѣтій, въ сущности, были лишь настоящими частными наказаніями.

Съ этимъ соединялся странный способъ приведенія въ исполненіе этихъ наказаній. Древнѣйшее германское уголовное производство состояло изъ одной стадіи: производства до постановленія рѣшенія, назначающаго лишеніе мира. По своей задачѣ оно не могло знать стадій юридически регулированнаго исполненія. Созданіе этой послѣдней заставило ждать себя непонятно долго. Даже въ позднее средневѣковье не при всякомъ судѣ можно было найти должностной органъ для исполненія наказаній.

Большею частью исполненіе кары поручалось одержавшему побѣду обвинителю. Если роду или супругу представлялось право убійства виновнаго сочлена или нарушившей вѣрность жены, то самъ родъ или супругъ должны были привести казнь въ исполненіе [1]). Въ другихъ случаяхъ мы находимъ аналогичное положеніе. Мы видимъ въ Фрисландіи, что самъ обокраденный долженъ былъ повѣсить вора. Еще въ 1470 г. въ Тюрингіи старѣйшій агнатъ убитаго казнитъ убійцу. Лишь постепенно этотъ порядокъ мѣняется и исполненіе наказанія поручается должностнымъ и недолжностнымъ лицамъ въ государствѣ, напримѣръ, самому молодому женатому человѣку города — мало утѣшительный придатокъ къ медовому мѣсяцу!

Нѣкоторые источники позволяютъ намъ вполнѣ осязательно наблюдать этотъ переходъ. Такъ во многихъ источникахъ указывается, что при посаженіи на колъ виновнаго въ изнасилованіи, первые три удара по колу должны были быть сдѣланы оскорбленной женщиной, а лишь остальные—палачемъ.

[1]) Grimm. Rechtsaltertümer, II, S. 526.

Органъ государства на нашихъ глазахъ беретъ изъ рукъ потерпѣвшаго право мести, безъ того, однако, чтобы оно, благодаря одному только этому, превращалось въ право наказанія. Съ этимъ характеромъ наказаній противъ жизни и тѣла, конечно, не вполнѣ согласуется то, что уже въ сравнительно раннее время деньги, дававшіяся въ видѣ выкупа за нихъ, поступали полностью публичной власти.

XIV. Хотя германское право не оставляло безъ вниманія отношеніе дѣянія къ общему миру, все же это воззрѣніе при господствѣ системы выкуповъ было отодвинуто на второй планъ, благодаря преобладанію потребности удовлетворить потерпѣвшаго. Теперь приходилось уже болѣе рѣзко подчеркнуть публично-правовой моментъ наказанія, послѣ того какъ преступленіе стало караться въ предѣлахъ самого правового общенія. Въ этомъ развитіи сыграло большую роль франкское королевское право, въ противоположность франкскому народному праву. И именно въ двоякомъ направленіи.

1. Въ то время какъ выкупъ за миръ лишь сравнительно поздно сталъ видомъ публичнаго наказанія, а наказанія противъ жизни и тѣла потребовали цѣлыхъ вѣковъ, чтобы пріобрѣсти характеръ подлинныхъ публичныхъ наказаній, въ Меровингскомъ королевствѣ на сцену исторіи внезапно выступило денежное взысканіе чисто публичнаго характера. Этимъ взысканіемъ была Bannbusse, — штрафъ за ослушаніе законнаго королевскаго приказа, который съ 6 вѣка опредѣлялся въ размѣрѣ буссы въ 60 шиллинговъ. Штрафъ за ослушаніе не былъ ни выкупомъ, ни примирительными деньгами, уплачивавшимися королю; онъ стоялъ совершенно внѣ системы выкуповъ. Онъ цѣликомъ переходилъ къ королю; съ послѣднимъ никогда не

конкурировалъ потерпѣвшій, хотя бы таковой и имѣлся [1]).

Король могъ также запрещать дѣйствія, которыя по народному праву были дозволены или допускали выкупъ. Онъ могъ запретить подъ угрозой штрафа за ослушаніе и тѣ дѣйствія, которыя по народному праву уже и безъ того почитаются преступными; семь изъ восьми знаменитыхъ случаевъ назначенія такого штрафа признавались преступленіями и по народному праву. Тамъ, гдѣ это было, штрафъ этотъ взыскивался вмѣсто стараго выкупа за миръ, и тогда этотъ штрафъ могъ взыскиваться не въ административномъ порядкѣ, а въ порядкѣ судебномъ. Въ остальныхъ случаяхъ административный порядокъ былъ единственно возможнымъ.

2. Штрафъ за ослушаніе былъ, такъ сказать, быстро создавшимся дичкомъ въ развитіи уголовнаго права и оставался въ этой области долгое время изолированнымъ. Значительно позднѣе при выкупаемыхъ преступленіяхъ бусса постепенно становится номинальной, а выкупъ за миръ сильно развивается, превращаясь въ публичный денежный штрафъ.

Гораздо болѣе глубокое вліяніе оказало другое отклоненіе отъ народнаго права, которое слѣдуетъ отнести къ королевской инціативѣ, именно: введеніе должностного преслѣдованія въ процессъ. Оно привело съ теченіемъ времени къ полному измѣненію взгляда на носителя права наказанія, а слѣдовательно, и на существо наказаній противъ тѣла и жизни.

Уже во время господства лишенія мира возможно было должностное вмѣшательство противъ скитальца лѣсовъ съ цѣлью его уничтоженія; но это не было

[1]) Sohm. Frank. Reichs-und Gerichtsverfassung. S. 102. Brunner. Rechtsgeschichte, II, S. 34 сл.

юридическимъ производствомъ. Оно имѣло мѣсто противъ общеопасныхъ преступниковъ, какъ разбойники и профессіональные воры. Въ франкской монархіи должностное лицо издавна могло приносить жалобу на опредѣленныя преступленія, въ частности, на убійство, ибо при убійствѣ „нуждающихся людей“ фискъ могъ претендовать на виру. Эта вира уже тогда стала публичнымъ наказаніемъ.

Однако, новый видъ производства по должности былъ внесенъ королевскимъ правомъ 9-го вѣка въ видѣ такъ наз. Rugeverfahren или инквизиціоннаго производства. Допрашиваемый королевскимъ судьею окольный свидѣтель—предокъ современнаго присяжнаго засѣдателя—присягалъ отвѣчать правду на задаваемые ему королевскимъ судьею вопросы; это называлось вередиктомъ. Если такіе присяжные указывали по обязанности на кого-либо, какъ на виновника преступленія, то этотъ послѣдній долженъ былъ очиститься присягой или судомъ божьимъ, въ противномъ же случаѣ онъ приговаривался къ наказанію.

Это инквизиціонное производство постепенно пріобрѣло значительное развитіе. Его остатки сохранялись въ продолженіе всѣхъ среднихъ вѣковъ и въ видѣ Rügegerichte они сохранялись до отмѣны ихъ судебными уставами Германской Имперіи отъ 1 октября 1879 г.

Лишь черезъ пятьсотъ лѣтъ послѣ установленія инквизиціоннаго процесса осуществляется въ Германіи та же самая мысль о публичномъ преслѣдованіи преступленій въ той же самой формѣ—въ видѣ созданія публичныхъ обвинителей въ значительномъ числѣ германскихъ государствъ. И съ конца 15 вѣка начинается въ германскомъ законодательствѣ признаніе и рецепція церковнаго инквизиціоннаго процесса, который, повидимому, еще раньше укрѣпился на практикѣ, такъ какъ уложеніе 1532 г. на ряду съ

состязательнымъ процессомъ частнаго характера признаетъ и публичное обвиненіе, которое позднѣе разрушаетъ весь состязательный процессъ. Сейчасъ становится яснымъ, что основная мысль должностнаго преслѣдованія преступленій имѣла своей предпосылкой признаніе государства уполномоченнымъ на наказаніе, и эта предпосылка должна была стать въ рѣзкій антагонизмъ съ понятіемъ частнаго наказанія.

Параллельно съ распространеніемъ должностного производства измѣняется и взглядъ на характеръ наказаній противъ жизни и тѣла. Право на нихъ признается принадлежащимъ государству, и они становятся публичными наказаніями. Только тогда публичное наказаніе пріобрѣло необходимое содержаніе уголовной кары и утвердило ея самодержавіе. Этотъ взглядъ проявился еще задолго до того, какъ исчезло частное наказаніе. Лучшее доказательство этому мы находимъ въ уложеніи 1532 г. Его ординарный процессъ все еще покоится на добровольно приносимой частной жалобѣ. Но всѣ его уголовныя кары давно уже являются подлинными публичными наказаніями. Какъ давно свершилось это, на этотъ вопросъ мы не имѣемъ точнаго отвѣта. Быть-можетъ, это случилось на полстолѣтія раньше, быть-можетъ и на нѣсколько больше. Отвѣтъ былъ бы различнымъ для отдѣльныхъ германскихъ территорій. Во всякомъ случаѣ, публичныя наказанія противъ жизни и тѣла нашли свое примѣненіе въ Германіи задолго до того, какъ исчезъ послѣдній пережитокъ лишенія мира—кровная месть въ правовомъ значеніи ея. Еще въ 16 вѣкѣ кровная месть, какъ то доказалъ Frauenstädt въ своей прекрасной книгѣ, существовала у фризовъ, гольстовъ и швейцарцевъ. Еще въ 1577 г. въ Гольштейнѣ четверо братьевъ, учинившихъ жестокое убійство, были оправданы по тому основанію, что они изъ мести убили своего врага. Такъ

медленно исчезаютъ періоды исторіи въ общемъ теченіи времени.

Если разсматривать возникновеніе публичныхъ наказаній также съ точки зрѣнія измѣненія аффектовъ, которыя участвуютъ въ реакціи на преступленіе, то яснымъ становится все большее и большее ослабленіе страстности со стороны потерпѣвшаго. Поскольку выдвигается впередъ должностное преслѣдованіе, оно уже не является рѣшающимъ для вопроса о томъ, должно или не должно быть примѣнено наказаніе. Оно вытѣсняетъ столь сомнительное по своему исходу средство, какъ доносъ или жалоба потерпѣвшаго. Это чувство уже не рѣшаетъ больше ни о способѣ, ни о содержаніи наказанія.Оно не служитъ уже болѣе для удовлетворенія. Связь между наказаніемъ и частной реакціей, покоящейся на чувствѣ, является совершенно порванной.

Но чувственная реакція осталась все же въ основаніи существа нашего современнаго наказанія. Въ этой реакціи звучитъ еще древняя мелодія недопустимости злодѣянія. Но свой резоннансъ эта мелодія находитъ нынѣ въ общемъ чувствилищѣ группы. И понынѣ возбужденное чувство направляется противъ единственно отвѣтственнаго виновника и реагируетъ единственно противъ него.

Однако, мѣру наказанія опредѣляетъ независимо отъ туманящаго дѣйствія чувства и взвѣшивающій разумъ общества и придаетъ этой реакціи мудрую укрѣпляющую право цѣль: подчиненіе преступника власти права по мѣрѣ его вины, иначе говоря, его спѣси (Ueberhebung). Такимъ образомъ, наше наказаніе является благороднымъ отвѣтомъ общенія на часто столь неблагородное дѣяніе его сочлена. Для преступника оно является очистительнымъ огнемъ на землѣ, который искупаетъ его вину передъ обществомъ.

И передъ этимъ глубокимъ сочетаніемъ вины, призывающей къ наказанію, и наказанія, которое требуетъ только виновной головы—сочетаніемъ, которому не найти хотя бы самой отдаленной аналогіи во всей обширной области соціальной жизни—предъ этимъ сочетаніемъ безсильно останавливается будущее, и должно ли это будущее быть столь неразумнымъ, чтобы издѣваться надъ исторіей и пытаться освободиться отъ одного изъ величайшихъ ея созданій: отъ публичнаго наказанія, закаленнаго въ огнѣ необходимости?

Перев. М. З.

Питиримъ Сорокинъ.

Законы развитія наказаній съ точки зрѣнія психологической теоріи права Л. І. Петражицкаго.

§ 1.
Введеніе.

Во всякомъ человѣческомъ обществѣ, начиная съ наиболѣе первобытныхъ ордъ дикарей и кончая самыми культурными союзами, мы находимъ рядъ правилъ поведенія, исполненіе которыхъ считается обязательнымъ для каждаго члена данной соціальной группы. Поступки, согласные съ этими правилами, считаются дозволенными (должными и рекомендуемыми); поступки же, противорѣчащіе подобнымъ обязательнымъ нормамъ поведенія, иначе говоря, нарушающіе ихъ, считаются запрещенными или недозволенными. Разъ они кѣмъ-нибудь совершаются, то подобное нарушеніе запретовъ не остается безъ послѣдствій, а обычно влечетъ со стороны ли отдѣльныхъ лицъ, или носителей общественной власти, ту или иную реакцію по адресу нарушителя, реакцію, которую обычно называютъ карой или наказаніемъ. Эта реакція, какъ уже ясно изъ самого термина „наказаніе", всегда выражается въ рядѣ актовъ, неблагопріятныхъ для нарушителя запретовъ, причиняющихъ ему то или иное зло, то или иное страданіе, или отнимающихъ у него тѣ или иныя блага. Какъ и почему установилось подобное дѣленіе поступковъ на дозволенные и недозволенные, а равно, почему дозволеннымъ считается одинъ актъ, а другой актъ считается недозволеннымъ въ томъ или

иномъ союзѣ—эти вопросы лежатъ внѣ непосредственной задачи данной статьи, а потому здѣсь мы можемъ ограничиться лишь общимъ утвержденіемъ, что въ большинствѣ случаевъ дозволенными были тѣ поступки, которые были полезны для данной соціальной группы, въ конкретныхъ условіяхъ ея существованія, а недозволенными тѣ, которые были для нея вредны—тезисъ, одинаково раздѣляемый и Л. І. Петражицкимъ, и М. М. Ковалевскимъ, и Вестермаркомъ, и Летурно, и Макаревичемъ, и Дюркгеймомъ и большинствомъ изслѣдователей даннаго вопроса [1]).

Разъ это такъ, то не трудно понять, почему недозволенные поступки, какъ поступки вредные, влекли за собой кару: она была неизбѣжна и необходима для того, чтобы предотвратить гибель группы и ея разрушеніе. Необходимостью самосохраненія группы диктовалось какъ само установленіе дѣленія поступковъ на дозволенные и недозволенные, такъ и необходимость реагированія карательными актами на поступки послѣдняго рода. Отсюда, однако, не слѣдуетъ, что всѣ эти правила поведенія, а равно и необходимость ихъ наказанія, были установлены сознательно, въ видахъ достиженія той или иной цѣли. Подобное и теперь еще очень распространенное мнѣніе глубоко ошибочно, и немалой заслугой Л. І. Петражицкаго является доказательство невѣрности этого мнѣнія и построеніе теоріи безсознательно-удачнаго соціально-психи-

[1]) См. объ этомъ: Петражицкій: «Теорія права и нравственности», т. I и т. II, а также его неопубликованныя лекціи по исторіи развитія права и соціологіи; Ковалевскій: Les origines de devoir (Revue internat. de sociologie, 1894, 2); Макаревичъ: Einführung in die Philosophie des Strafrechts, 58; Вестермаркъ: The origin and development of the moral ideas. т. I, гл. VI. Сводку всего этого читатель найдетъ въ моей книгѣ; «Преступленіе и кара, подвигъ и награда», гл. VII. Тамъ же даны и оговорки относительно того, что не всѣ правила поведенія были полезны.

ческаго приспособленія. Основной тезисъ этой теоріи гласитъ, что цѣлесообразность и полезность подобныхъ нормъ обязана своимъ существованіемъ не сознательному гаданію отдѣльныхъ индивидовъ, а безсознательному соціально-психическому отбору полезныхъ актовъ, совершеніе которыхъ затѣмъ и вмѣняется въ обязанность при дальнѣйшемъ процессѣ общенія членовъ группы.

Вызванныя къ жизни необходимостью самосохраненія группы, кары играли громадную роль въ процессѣ развитія человѣчества: подавляя путемъ устрашенія мотивы, толкающіе на нарушеніе запретовъ, вызывая въ другихъ людяхъ чувства негодованія, презрѣнія и отвращенія къ преступнику и тѣмъ дѣлая болѣе ощутимой связывающую всѣхъ членовъ общества солидарность, кары, въ то же время, дѣйствуя продолжительно на поведеніе человѣка, воспитывали его самого, искореняли въ немъ антисоціальные психическіе импульсы и постепенно пріучали его къ поведенію, требуемому общими морально-правовыми нормами. Если къ сказанному прибавить еще то дѣйствіе каръ, которое вело къ прямому или косвенному уничтоженію и удаленію изъ группы преступниковъ (убійство, смертная казнь и удаленіе нарушителей запретовъ), то едва ли можно будетъ сомнѣваться въ той громадной соціальной роли, которую играли онѣ въ исторіи человѣчества. Не будь ихъ—сомнительной была бы возможность роста человѣческой солидарности и даже возможность нравственнаго прогресса. Онѣ были тѣми рычагами, которые создавали, поддерживали и расширяли человѣческую солидарность, пріучая человѣка къ все болѣе и болѣе соціально-полезному поведенію [1]). Изъ сказаннаго само

[1]) О мотиваціонномъ и педагогическомъ вліяніи права вообще и каръ въ частности см. Л. І. Петражицкій: «Теорія права», т. I, §§ 1 и 7, т. II, §§ 49—51. Спеціально о дѣйствіи наказанія

собой слѣдуетъ, что, чѣмъ менѣе человѣкъ приспособленъ къ соціальной жизни, чѣмъ болѣе у него импульсовъ къ нарушенію обязательныхъ запретовъ, и чѣмъ прочнѣе эти импульсы,—тѣмъ бо́льшей должна быть ихъ роль. По мѣрѣ же того, какъ соціально-полезное поведеніе растетъ и вглубь и вширь — по мѣрѣ того ихъ роль должна сокращаться. Отсюда сами собой вытекаютъ тѣ постоянныя тенденціи въ исторіи каръ, которыя особенно точно и ясно были формулированы Л. І. Петражицкимъ. Къ разсмотрѣнію ихъ и перейдемъ въ дальнѣйшемъ, очерчивая попутно основные этапы развитія наказаній въ исторіи человѣчества.

§ 2.
Законъ нисходящей прогрессіи мотивационнаго давленія.

Только-что было указано, что степень жестокости каръ, а равно и число лицъ, подвергаемыхъ карѣ, стоитъ въ обратной пропорціи со степенью приспособленности человѣка къ соціальной жизни. Соціальная жизнь требуетъ извѣстной координаціи взаимнаго поведенія членовъ группы. Если бы этой координаціи не было, то соціальная жизнь превратилась бы въ непрерывную борьбу всѣхъ противъ всѣхъ, итогомъ которой, очевидно, было бы или распаденіе группы или ея полное уничтоженіе. Конечно, если бы человѣкъ съ самаго начала своей исторіи былъ ангеломъ, который „по своей природѣ“ способенъ былъ бы поступать только соціально-полезно, т.-е. согласно обязательнымъ нормамъ поведенія, вырабатываемымъ безсознательно самою жизнью,—тогда, конечно, кары были бы ненужны

см. ст. П. И. Люблинскаго: «О дѣйствіи наказанія» (Новыя идеи въ правовѣдѣніи» № I), а также мою книгу: «Преступленіе и кара», гл. V и VI.

и излишни. Въ этомъ случаѣ онѣ бы даже и не могли появиться. Но ясно, что такое представленіе о человѣкѣ, въ особенности же о первобытномъ человѣкѣ, есть миѳъ, нисколько не соотвѣтствующій дѣйствительности. Люди начали свою исторію не „ангелами", а звѣроподобными существами. Выйдя изъ животнаго состоянія, обладая, съ одной стороны, еще чисто звѣрскими инстинктами, а съ другой—уже неся въ себѣ элементы сознанія, человѣкъ въ своемъ поведеніи не могъ руководиться одними инстинктами, такъ какъ они подтачивались разумомъ. Ихъ сложный и самъ по себѣ стройный механизмъ, благодаря черезчуръ быстрому росту разума, былъ нарушенъ. Но, съ другой стороны, и разумъ не могъ встать на мѣсто безсознательно-удачнаго инстинктивнаго механизма: онъ былъ еще слишкомъ слабъ, чтобы могъ сразу уничтожить многовѣковые инстинкты и замѣнить ихъ сознательно выработанными правилами поведенія. Такимъ образомъ, съ самаго начала своей исторіи человѣкъ очутился лицомъ къ лицу съ труднѣйшей задачей: жить въ обществѣ себѣ подобныхъ, не обладая предварительно-выработанными соціально-полезными импульсами поведенія.

Мудрено ли поэтому, что конфликты взаимнаго поведенія появились, мудрено ли, что внутри- и внѣгрупповая борьба, вызываемая нарушеніемъ запретовъ, вспыхнула, и на первыхъ порахъ приняла самыя острыя и кровавыя формы. При такихъ условіяхъ появленіе „каръ" было неизбѣжно. Удаляя путемъ убійства нарушителей запретовъ,—съ одной стороны, устрашая самыми жестокими пытками и смертью — съ другой, вызывая чувство единодушнаго негодованія, презрѣнія и моральнаго осужденія среди непреступной части группы—съ третьей—кары были тѣмъ „клеемъ", который склеивалъ и прочнѣе скрѣплялъ узы соли-

дарности, углублялъ соціально-требуемые импульсы поведенія и искоренялъ позывы антисоціальнаго характера. Ощупью, наугадъ, безконечное число разъ ошибаясь, съ колебаніями, съ отклоненіями и съ поворотами человѣчество принуждено было итти по пути совершенствованія. Неисчислимыя жертвы, самыя ужасныя наказанія и безконечныя страданія нужны были для того, чтобы приспособить человѣка къ общественному бытію. Пришлось однимъ „унавоживать“ собой дорогу прогресса, чтобы другіе могли пройти по этой дорогѣ. Нужно было выстроить изъ череповъ однихъ пирамиды, изъ ихъ труповъ—гирлянды, изъ ихъ страданій—предметъ забавы, чтобы другіе могли жить въ мирѣ и согласіи. Нужны были убійства, чтобы понять ихъ недопустимость, нужны были звѣрства и жестокости, чтобы сдѣлаться гуманными и воспитать въ себѣ состраданіе и любовь. Однимъ словомъ, нужны были безпощадныя кары, чтобы въ дальнѣйшемъ люди могли жить въ обществѣ себѣ подобныхъ безъ всякихъ каръ. По мѣрѣ того, какъ укрѣплялись въ нихъ соціально-полезные импульсы поведенія — по мѣрѣ того кары, необходимыя сначала, должны были исчезать. Фактическое изученіе исторіи каръ вполнѣ подтверждаетъ этотъ законъ: безпощадныя вначалѣ кары, въ дальнѣйшемъ, по мѣрѣ все бо́льшаго и бо́льшаго приспособленія человѣчества къ соціальному бытію, постепенно смягчаются, становятся все болѣе и болѣе мягкими и гуманными.

Наряду съ этимъ паденіемъ качественной жестокости каръ, происходитъ и количественное паденіе ихъ: кары начинаютъ поражать все меньшее и меньшее количество людей. Такимъ образомъ, законъ нисходящей прогрессіи мотиваціоннаго давленія каръ можетъ быть понимаемъ, какъ законъ и качественнаго и количественнаго паденія наказаній.

а) Подтвердимъ теперь сказанное фактами. Что, дѣйствительно, кары вначалѣ были неограниченны и по качеству и по количеству — это видно изъ разсмотрѣнія кровной мести, какъ начальной стадіи въ развитіи наказаній. Изученіе этого института показываетъ, что никакихъ границъ наказанію за нарушеніе запретовъ не положено. Безличный законодатель какъ бы говорилъ каждому: „берегись, не нарушай запретовъ, иначе — погибнешь съ великими мученіями ты самъ и весь родъ твой и всѣ твои потомки“. Мало того, что индивиду самому угрожала безпощадная смерть, она же угрожала за его преступленіе и всѣмъ членамъ его рода, живымъ и не родившимся („коллективная кара“), безразлично — участвовали ли они въ нарушеніи запрета или нѣтъ. Такимъ образомъ, неограниченное по жестокости мотиваціонное давленіе кары усугублялось еще добавочнымъ давленіемъ— обѣщаніемъ наказанія всѣмъ родичамъ виновнаго. Сказанное объ институтѣ кровной мести единогласно подтверждаютъ почти всѣ изслѣдователи. „Месть есть наказаніе крайне неравномѣрное или безмѣрное, говоритъ Сергѣевичъ, такъ какъ мѣра его лежитъ только въ субъективномъ чувствѣ пострадавшаго“ [1]). Достаточно одного акта нарушенія запрета (преступленія), чтобы породить вѣковѣчную вражду между цѣлыми группами, вражду, нерѣдко кончавшуюся полнымъ уничтоженіемъ враждующихъ группъ. „Обиженный или его родственники становятся обидчиками, и такъ изъ одного поколѣнія въ другое, нерѣдко до полнаго истребленія одного изъ враждующихъ родовъ“, говоритъ М. Ковалевскій [2]).

„Вначалѣ месть совершенно неограниченна, говоритъ Макаревичъ; уничтоженіе противника есть ея цѣль, ея

[1]) Сергѣевичъ. Лекціи и изслѣдованія. 372 стр.

[2]) М. Ковалевскій. Современный обычай и древній законъ. 37—38.

идеалъ — безразличное, совершается ли оно путемъ прямого убійства или путемъ непрямого—исключенія“ [1])

То же говоритъ и Штейнмецъ, особенно тщательно изслѣдовавшій эпоху первобытной мести. Въ своей книгѣ онъ послѣдовательно ставитъ рядъ вопросовъ: мстительны ли дикари, продолжительна ли ихъ месть, интенсивна ли она, направляется ли она противъ лицъ и вещей невинныхъ, носитъ ли она групповой характеръ, неограниченна ли она—и на всѣ эти вопросы онъ даетъ положительный отвѣтъ, документированный сотнями фактовъ и наблюденій [2]). При этомъ не слѣдуетъ думать, что кровная месть наступала только въ случаяхъ особо тяжкихъ преступленій. Она de facto слѣдовала за всякимъ оскорбленіемъ или нарушеніемъ запрета. „Говоря о кровной мести, историки права обыкновенно допускаютъ существованіе ея съ самаго начала только въ случаѣ совершенія наиболѣе тяжкихъ преступленій, убійствъ, увѣчій или оскорбленій семейной чести, говоритъ Ковалевскій. Безпристрастный разборъ древнѣйшихъ законодательныхъ памятниковъ не оправдываетъ такого заключенія. Обращаясь къ варварскимъ сводамъ, мы находимъ въ нихъ рѣшительное доказательство тому, что всякаго рода правонарушенія, не исключая имущественныхъ, могли дать древнему германцу поводъ къ мщенію“ [3]). То же подтверждаютъ и всѣ остальные изслѣдователи этого института [4]). Очерчиваемая безграничность жестокости

---

[1]) Makarewicz. Einführung in die Philosophie des Strafrechts. 246 и 216.

[2]) Steinmetz. Etnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe. т. I, 299—334, 360—406.

[3]) Ковалевскій. Современный обычай. т. II, 26—31. См. также Kohler: Zur Lehre von der Blutrache, 11 стр.; Mayer: Geschichte der Strafrechte. 1876. 38 стр.

[4]) См., напр., Летурно. L'évolution juridique, 18; Westermarck. The origin and development of the moral ideas, т. I, 477—

кровной мести станетъ еще болѣе рельефной, если мы примемъ во вниманіе то, что на первыхъ порахъ месть есть долгъ, священная обязанность, отказываться отъ которой никто не можетъ. Если же почему-либо отказывается, то такой человѣкъ считается навсегда опозорившимъ себя, изгоняется изъ рода, становится, въ свою очередь, Friedlos, котораго каждый можетъ убить, какъ „голоднаго и хищнаго волка“ [1]).

Изъ сказаннаго ясна первоначальная неограниченность жестокости каръ. Онѣ неумолимы и безпощадны. Обычный видъ кары—смерть, часто сопровождаемая пытками и истязаніями. Эта смерть—правило по отношенію къ чужеродцамъ. По отношенію къ членамъ своей группы она иногда замѣняется исключеніемъ виновнаго изъ послѣдней (Ausstossung и Friedlosigkeit) и „отдачей на потокъ и разграбленіе“; но и эти кары равносильны той же смерти, такъ какъ Friedlos становится „внѣ защиты законовъ“, а потому каждый могъ, а иногда и долженъ былъ убить его, какъ „голоднаго и хищнаго волка“ [2]). Неудивительно поэтому, что древнѣйшимъ видомъ публичныхъ наказаній была обычно смертная казнь.

Такова первая стадія каръ, поистинѣ неограниченныхъ по своей интенсивности. Дальнѣйшая ихъ исторія показываетъ постепенное ограниченіе этой же-

---

496; Post. Bausteine für allgem. Rechtswissenschaft., т. I, гл. 4-я Черр и. Развитіе карат. власти въ древн. общинахъ. 1—45; Спенсеръ. Научн. основанія нравственности. Мщеніе. (1896). Стр. 369—385. Сводку читатель найдетъ въ моей книгѣ: «Преступленіе и кара». Стр. 326 и слѣд.

[1]) См. Kohler. Op. cit., 9. Westermark. Op. cit., 479 и слѣд., а также работы Штейнмеца, Ковалевскаго, Поста, Даргуна и др.

[2]) Der Friedlos, говоритъ Бруннеръ, kann und soll als Feind des Volkes von jedermann busslos getötet werden. Gründzüge der peutschen Rechtsgeschichte. 18 стр.

стокости, смягченіе или паденіе мотиваціонной неумолимости и безпощадности. Это ограниченіе проявляется въ различныхъ формахъ: напримѣръ, въ формѣ установленія убѣжищъ, куда могли скрываться лица, которымъ угрожала месть; такими мѣстами были обычно храмы, или особыя мѣста, на которыя распространялся „королевскій міръ“ и т. д. Другой формой того же ограниченія является установленіе срока, въ теченіе котораго можно было мстить. Такъ, напр., у германцевъ можно было мстить въ теченіе года со днемъ послѣ оскорбленія.

Главнѣйшимъ же видомъ ограниченія каръ является законъ таліона, установившаго равенство между преступленіемъ и наказаніемъ. Историки права по справедливости считаютъ законъ таліона новой стадіей въ развитіи каръ. Раньше на предыдущей стадіи убійство въ качествѣ мести угрожало не только за убійство, но почти за всякое нарушеніе запрета. Исавъ, напр., хотѣлъ убить Іакова за то, что онъ обманомъ получилъ право первородства. По „Русской Правдѣ“ мстить убійствомъ можно было не только за убійство, но и за кражу, и нанесеніе ранъ. Таліонъ же предписываетъ равенство преступленія и кары.

Онъ гласитъ: „Око за око, душа за душу, глазъ за глазъ, зубъ за зубъ, рука за руку, нога за ногу. Какой кто сдѣлаетъ вредъ ближнему своему, тѣмъ должно отплатить ему“ [1]).

Несмотря на всю свою жестокость съ нашей точки зрѣнія, законъ таліона былъ, однако, громаднымъ шагомъ впередъ въ смягченіи и ограниченіи жестокости наказаній. Благодаря этому закону, безграничная месть вводится въ строго опредѣленныя границы, смерть все чаще и чаще замѣняется другими видами наказаній, менѣе ужасными и опустошительными.

---

[1]) Второзаконіе, гл. 19.

Если далѣе взять исторію самого таліона, то и она наглядно показываетъ тотъ же законъ нисходящей прогрессіи мотиваціоннаго давленія. Вначалѣ таліонъ—долгъ, и осуществленіе его повелительно приказывается („обязательный“ таліонъ). Но потомъ мало по-малу „таліонъ должный“ превращается въ таліонъ факультативный: онъ уже не предписывается, а только допускается, терпится. Въ этой стадіи таліона появляется и обычай принесенія виновнымъ просьбъ о прощеніи и пощадѣ. Раньше, какъ правило, подобныя просьбы были невозможны, если онѣ и были, то рѣдко сопровождались дѣйствительнымъ прощеніемъ. Теперь же обычай прощенія становится своего рода нормой, все чаще и чаще имѣющей мѣсто.

Наконецъ, заключительнымъ звеномъ всей этой догосударственной (въ узкомъ смыслѣ) стадіи развитія является система композицій, т.-е. денежнаго выкупа. „Потерпѣвшій получалъ что-либо цѣнное вмѣсто безполезной мести, его гордость вмѣстѣ съ тѣмъ удовлетворялась признаніемъ вины со стороны преступника, а общество выигрывало отъ этого въ томъ, что безпорядкамъ и стычкамъ полагался конецъ“ [1]). Система композицій была водой, которая заливала готовый вспыхнуть огонь борьбы и мести.

Вначалѣ будучи необязательной (обиженный могъ выбрать или месть или выкупъ), она шире и шире входила въ жизнь и постепенно вытѣснила почти всѣ виды каръ (за исключеніемъ немногихъ [2]). Сначала это дѣлалось путемъ соглашенія сторонъ, потомъ стало передаваться на усмотрѣніе третейскаго судьи (поэтъ у брегоновъ, глава рода, патріархъ, индусскіе брамины,

[1]) Черри. Op. cit., 45.

[2]) Подробности замѣны мести композиціями см. у Штейнмеца (цит. соч.), т. I, стр. 407—476, а также въ работахъ Макаревича, Ковалевскаго, Вестермарка, Поста и т. д.

кельтическіе друиды, израильскіе первопресвитеры, германскіе рахимбурги и т. д.), а затѣмъ уже установились нормы обычнаго права, съ опредѣленнымъ прейсъ-курантомъ композицій за отдѣльные виды преступленій.

Итакъ, кратко очерченная выше исторія развитія каръ гласитъ: отъ неограниченной мести — къ таліону, отъ обязательнаго таліона — къ факультативному, отъ обязательной мести къ допускаемой, отъ разрѣшаемой мести — къ системѣ композицій и прощенія. Таково первое подтвержденіе вышеуказаннаго закона. Если теперь перейдемъ отъ указанныхъ явленій къ исторіи государственныхъ системъ наказанія, то и здѣсь мы увидимъ подтвержденіе того же закона. Основная линія, несмотря на временныя повышенія (объ этомъ см. ниже) и здѣсь остается той же, т.-е. и она говоритъ о той же тенденціи паденія качественной интенсивности каръ. Здѣсь нельзя не согласиться съ слѣдующимъ тезисомъ Дюркгейма: „Наказанія, лишающія свободы и только одной свободы на различные періоды, въ зависимости отъ тяжести преступленія, стремятся все болѣе и болѣе сдѣлаться нормальнымъ типомъ репрессій“ [1]). Древность лишеніе свободы не считала за наказаніе. Оно для того времени было лишь простымъ средствомъ, лишающимъ преступника возможности скрыться.

Въ видѣ наказанія же фигурировала смертная казнь обычно въ различныхъ квалифицированныхъ формахъ: вытягиваніе кишекъ, сожженіе, разрываніе на части, заливаніе горла металломъ и т. д.; другими видами кары были такія „изобрѣтенія“, какъ: отрѣзаніе уха, носа, половыхъ органовъ, отсѣченіе руки,

[1]) Дюркгеймъ. Deux lois de l'évolution pénale. L'année sociologique, 4-ème année. 78.

ноги, выкалываніе глазъ, сдираніе кожи, причиненіе ожоговъ, подставленіе голаго черепа подъ капли холодной воды, раздробленіе костей, вбитіе гвоздей въ тѣло и т. д. Всего, что изобрѣлъ человѣческій умъ въ этой области—не перечислить [1]).

Теперь всѣ эти виды мучительныхъ и увѣчащихъ каръ исчезли изъ обихода карательной практики. Только уголовные музеи хранятъ остатки этой человѣческой изобрѣтательности. Мысль законодателя теперь обращена не на то, чтобы причинить преступнику возможно бо́льшія страданія, какъ это было раньше, а на то, какъ бы избавить его отъ нихъ. Поэтому неудивительно, что почти единственнымъ видомъ кары сдѣлалось лишеніе свободы. Но и сама исторія тюремъ наглядно говоритъ о томъ же смягченіи каръ; вмѣсто старыхъ „ямъ“ и „клоповниковъ“, на воротахъ которыхъ, по словамъ И. Я. Фойницкаго, можно было начертать слова отчаянія: „lasciate ogni speranza, voi ch'entrate“ (оставьте всякую надежду тѣ, кто сюда входитъ), мысль современнаго законодателя все болѣе и болѣе стремится превратить тюрьмы въ больницы или въ гостинницы „со всѣми удобствами“. Мало того, такіе институты, какъ институтъ условнаго осужденія и досрочнаго освобожденія, стараются ограничить и самый періодъ лишенія свободы и довести, такимъ образомъ, кару до возможнаго минимума. Если же принять во вниманіе тѣ реформы, которыя назрѣваютъ въ наше время въ связи съ проблемой борьбы съ опаснымъ состояніемъ, то не будетъ парадоксомъ положеніе, что кары постепенно стремятся дойти до нуля и что современная уголовная наука, а вслѣдъ за ней и право, направлены

---

[1]) Много матеріала даетъ въ этомъ отношеніи Helbing. Die Tortur. т. I и II.

не столько на борьбу съ преступникомъ, сколько на защиту преступника отъ тиранiи общества [1]).

Резюмирую: и государственная исторiя каръ говоритъ о той же тенденцiи; она гласитъ: отъ безгранично-жестокихъ и звѣрскихъ убiйствъ, отъ мучительно-увѣчащихъ каръ—къ безстрадательному изолированiю преступника отъ общества, лишенiю его возможности совершать преступленiя и къ заботѣ о томъ, чтобы преступникъ былъ избавленъ отъ всякихъ душевныхъ и физическихъ страданiй.

Такова въ широкихъ мазкахъ общая исторiя наказанiй и основная тенденцiя паденiя ихъ жестокости; жестокость является перемѣнной величиной, стремящейся къ нулю, какъ къ своему предѣлу.

b) Къ тому же выводу придемъ мы, если разсмотримъ кратко тенденцiю постепеннаго ограниченiя числа караемыхъ лицъ по мѣрѣ роста культуры и цивилизацiи. И эта тенденцiя является прямымъ подтвержденiемъ выставленнаго закона нисходящей прогрессiи мотивацiи. Смыслъ этого явленiя говоритъ о томъ же, о чемъ говорила и тенденцiя паденiя интенсивности каръ; а именно: тамъ, гдѣ соцiально-вредные импульсы были еще сильны, гдѣ человѣкъ еще не былъ существомъ, приспособленнымъ къ соцiальной жизни, тамъ недостаточно было безпощаднаго по жестокости давленiя каръ на одного преступника; чтобы добыть отъ индивида соцiально-полезное поведенiе, нужно было еще добавочное давленiе въ видѣ угрозы карать не только виновника, но и весь его родъ и все его потомство. Отсюда—институты круговой или груп-

[1]) См. по этому поводу брош. проф. А. А. Жижиленко: Соцiальныя мѣры защиты; ст. В. Станкевича: «Борьба съ опаснымъ состоянiемъ» (въ «Новыхъ идеяхъ въ правовѣдѣнiи» сб. I); тамъ же приведена и главная литература по этому вопросу.

повой отвѣтственности, которые существовали въ прошломъ почти у всѣхъ народовъ. Кары здѣсь неограниченны и по количеству караемыхъ лицъ На первичныхъ ступеняхъ, говоритъ Kohler, „месть... наступаетъ всегда, независимо отъ того, намѣренно или случайно было совершено убійство, и направляется не только противъ убійцы, но и противъ его семьи или рода“ [1]). Точно такъ же и по мнѣнію Штейнмеца, первичная месть—коллективна и слѣпа, она „не ограничивается наказаніемъ преступника и виновнаго, а, напротивъ, она направляется противъ всѣхъ сочленовъ его группы“; она неограниченна ни по жестокости, ни по количеству караемыхъ лицъ, ни по времени (передается изъ поколѣнія въ поколѣніе) [2]). Переходя къ исторіи композицій и денежныхъ наказаній, мы на первыхъ порахъ встрѣчаемся съ тѣмъ же явленіемъ групповой отвѣтственности и отсутствія всякаго различія между виновнымъ и невиновнымъ. И на этой стадіи „каждый родичъ отвѣчаетъ за каждаго родича, одинаково, какъ за всякое правонарушеніе, такъ и за всякій долгъ“, „въ періодъ государственности общины часто отвѣчаютъ за преступленіе, совершенное въ ихъ предѣлахъ“ [3]).

Круговая отвѣтственность, коллективная кара и коллективный штрафъ извѣстны и евреямъ, и римлянамъ, и грекамъ, и германцамъ и ряду другихъ народовъ [4]). Караются не только современники, но наказаніе постигаетъ и рядъ будущихъ, еще не родившихся поколѣній. Наказанія становятся „вѣчными“ и поражаютъ множество лицъ

[1]) Kohler. Ibid., 9.

[2]) Steinmetz. Ibid., т. II, гл. Die Blutrache, т. I, 318—334.

[3]) Постъ. Зачатки госуд. и правовыхъ отношеній. 1901, 107—111.

[4]) Mayer. Geschichte der Strafrechte 49—50, 142—147.

за одно преступленіе. По Библіи весь родъ человѣческій наказывается за грѣхъ одного Адама; тамъ же мы постоянно читаемъ, что дѣти и потомки виновнаго наказываются до 7-го колѣна, а Іегова постоянно грозитъ „всему потомству“. То же мы найдемъ и въ другихъ древнихъ сводахъ. „Если наказаніе не падаетъ на самого преступника, то падаетъ на его сыновей“ читаемъ мы въ „Законахъ Ману“; если не на сыновей, то на его внуковъ; но разъ совершенное беззаконіе никогда не остается безъ послѣдствій для того, кто совершилъ его, „онъ погибаетъ со всѣмъ развѣтвленіемъ и корнемъ“. За лжесвидѣтельство одного, читаемъ мы тамъ же, поражаются его родственники.... „Лжесвидѣтельствомъ по дѣлу относительно золота онъ (т.-е. лжесвидѣтель) убиваетъ рожденныхъ и не родившихся“ [1]). То же встрѣчаемъ мы и у другихъ народовъ: въ Египтѣ (гдѣ, напр., пытка и кара примѣнялись и къ виновному, и къ членамъ его семьи въ случаѣ его смерти), и у древнихъ славянъ (Ольга, мстящая древлянамъ за смерть мужа), и у древнихъ германцевъ, и франковъ и т. д. Въ это время совершенно неизвѣстна еще такъ называемая субъективная сторона преступленія, нѣтъ понятія о вмѣняемости, не принимается во вниманіе злой умыселъ. Этимъ и объясняется то, что карали и виновныхъ, и невинныхъ, и людей, и животныхъ, и даже неодушевленные предметы (напр., Ксеркъ, высѣкшій море).

Въ дальнѣйшемъ, однако, мало-по-малу появляется это раздѣленіе виновныхъ, и невинныхъ, возникаетъ принципъ вмѣняемости, и караться начинаютъ уже не всѣ сородичи, а только виновные. Наказаніе индивидуализируется.

Ростъ значенія субъективной стороны преступленія ведетъ постепенно къ различенію дѣяній случай-

[1]) Законы Ману. 4, 173—174.

ныхъ, неосторожныхъ, умышленныхъ и предумышленныхъ, параллельно съ этимъ начинаютъ все больше и больше обращать вниманіе на личность преступника, его здоровье, его состояніе передъ и во время совершенія преступленія. Изъ круга наказываемыхъ лицъ исключаются мало-по-малу: a) всѣ будущія поколѣнія, какъ непричастныя къ преступленію, b) всѣ живые сочлены, какъ невинные, c) всѣ невмѣняемые, хотя и совершившіе преступленіе, d) наказываются въ итогѣ только „преступники вмѣняемые“. Но и область самого контингента вмѣняемыхъ лицъ все болѣе и болѣе сужиѣается: все больше и больше растетъ число обстоятельствъ, ведущихъ къ невмѣненію—состояніе аффекта, малолѣтство, безуміе, необходимая самооборона, крайняя необходимость, опьяненіе, лунатизмъ, и т. д. и т. д. Конечнымъ пунктомъ этой эволюціи является полное уничтоженіе категорій „вмѣняемыхъ“, провозглашенное антропо-соціологической школой, а вмѣстѣ съ этимъ и полная трансформація карательныхъ мѣръ, проповѣдуемая въ наши дни и стремящаяся уничтожить въ карательныхъ мѣрахъ всѣ карательныя черты. Въ этомъ смыслѣ вѣщими являются слова ванъ-Гамеля, кажущіяся съ перваго взгляда парадоксальными: „Три понятія,—сказалъ онъ—страшно мѣшаютъ намъ въ созданіи новаго уголовнаго права: а именно: „вмѣняемость“, „наказаніе“ и „преступленіе“. Когда мы, наконецъ, отъ нихъ освободимся, тогда все пойдетъ лучше“. Эти слова необходимая и неизбѣжная точка надъ „і“, диктуемая историческимъ процессомъ. Кратко эту тенденцію можно формулировать такъ: „отъ коллективной кары къ индивидуальной и отъ неограниченной вмѣняемости къ неограниченной невмѣняемости, т.-е. доведенію количества караемыхъ лицъ до возможнаго минимума.

Изъ сказаннаго о законѣ паденія интенсивности каръ и о законѣ ограниченія числа караемыхъ лицъ (качественное и количественное ослабленіе наказаній) вытекаетъ сама собой правильность объединяющаго ихъ закона нисходящей прогрессіи мотиваціоннаго давленія каръ. Законы количественнаго и качественнаго паденія наказаній, законы, подтверждаемые фактическимъ изученіемъ исторіи каръ, являются двумя основными видами высшаго закона нисходящей прогрессіи мотиваціоннаго давленія каръ. Правильность первыхъ говоритъ и о правильности послѣдняго.

Принимая во вниманіе сказанное выше о соціальной роли каръ, мы на основаніи установленныхъ законовъ можемъ теперь сдѣлать обратное заключеніе: если жестокость каръ обратно пропорціональна степени приспособленности индивида къ соціально-полезному поведенію, то изъ того факта, что съ поступательнымъ ходомъ исторіи жестокость каръ падаетъ, слѣдуетъ, что степень приспособленности человѣка къ соціально-полезному поведенію растетъ; когда кары дойдутъ до нуля—степень приспособленности человѣка къ соціальному бытію дойдетъ до высшаго предѣла.

Правильность этого положенія, помимо указаннаго закона, подтверждается и нижеслѣдующими законами.

§ 3.

Законъ восходящей прогрессіи качества мотиваціи.

Изъ всѣхъ законовъ, формулированныхъ Л. І. Петражицкимъ, особенно важное значеніе имѣетъ этотъ законъ, бросающій яркій свѣтъ на всю исторію публично-

правовой и частно-правовой жизни. Прежде чѣмъ перейти къ провѣркѣ этого закона въ области уголовнаго права, я кратко прорезюмирую его сущность.

Эта сущность заключается въ слѣдующемъ: если взять области однороднаго соціально-необходимаго поведенія, то въ процессѣ исторической эволюціи обнаружится, что вначалѣ отъ человѣка это соціально-нужное поведеніе добывается путемъ грубыхъ пріемовъ, жестокихъ каръ и обильныхъ наградъ, однимъ словомъ, игрой на низменныхъ струнахъ души. По мѣрѣ же того, какъ психика, а вмѣстѣ съ тѣмъ и поведеніе человѣка, улучшается, по мѣрѣ этого средства, путемъ которыхъ добывается отъ человѣка соціально-необходимое поведеніе, становятся все болѣе и болѣе благородными, кары и награды постепенно исчезаютъ и игра начинаетъ вестись на болѣе и болѣе безкорыстныхъ струнахъ человѣческой души. Прекраснымъ доказательствомъ выставленнаго положенія въ области частно-правовой служитъ „законъ трехъ стадій“, установленный Л. І. Петражицкимъ. Согласно этому закону, исторія частно-правового поведенія, въ зависимости отъ качествъ мотивацiи, можетъ быть раздѣлена на три эпохи: 1) на рабско-крѣпостной періодъ, 2) на эпоху экономическаго либерализма (свобода труда, свобода конкурренціи), 3) на эпоху соціальную (безкорыстно-общественное поведеніе). Въ первую изъ указанныхъ эпохъ мотивацiоннымъ средствомъ добыванія отъ индивида надлежащаго хозяйственнаго поведенія служитъ прямая угроза наказаніемъ. Рабское хозяйство есть хозяйство принудительное. Символомъ его служитъ—кнутъ. Чтобы побудить раба къ сносному исполненію его функцій—необходимъ былъ надсмотрщикъ за его работой, который въ случаѣ лѣни или неисправности реагировалъ на это ударами кнута и другими карами. Иначе го-

воря, здѣсь мотивація поведенія по качеству та же, которая примѣняется теперь къ домашнимъ животнымъ.

Переходомъ отъ этого періода къ слѣдующему служитъ крѣпостное хозяйство. Мотивація крѣпостного хозяйства уже двоякая: съ одной стороны, и здѣсь налицо карательно-принудительное давленіе, барщина, оброкъ, съ другой—здѣсь уже появляется новый, болѣе высокій стимулъ—стимулъ хозяйственнаго самоопредѣленія, работа на себя.

Въ дальнѣйшей эволюціи хозяйства первичная рабски-принудительная и подневольная мотивація рѣшительно исчезаетъ и мало-по-малу замѣняется болѣе высокой по качеству мотивацією: заинтересовыванія людей ихъ же собственными интересами. Этотъ періодъ—есть періодъ капитализма. Въ эту эпоху соціально-полезное поведеніе отъ индивида добывается уже не системой непосредственныхъ каръ, не путемъ кнута, а иначе: правовой строй заставляетъ людей заботиться о себѣ и своихъ нуждахъ. Побужденіемъ здѣсь являются эгоистически семейные интересы, забота о себѣ и своей семьѣ, а не кнутъ.

Наконецъ, третій періодъ, начинающій осуществляться въ наши дни, характеризуется еще болѣе благородной по качеству мотивацією: въ этомъ періодѣ стимуломъ соціально-полезнаго поведенія служитъ уже не кнутъ и не игра на эгоистически семейныхъ интересахъ, а чисто альтруистическіе импульсы—готовность безкорыстно трудиться на общую пользу. Наиболѣе радикальной системой хозяйственнаго строя, построеннаго на такой системѣ мотивації, является строй соціалистическій.

Таковъ въ общихъ чертахъ „законъ трехъ стадій“ хозяйственной мотивації, проливающій яркій и своеобразный свѣтъ на исторію хозяйственной жизни человѣчества. Съ этой точки зрѣнія становится ясной сложная

запутаннная игра „хозяйственныхъ“ стимуловъ человѣка. Изъ набросанныхъ штриховъ видно, что исторія хозяйственной жизни человѣчества, подтверждая косвенно законъ нисходящей прогрессіи мотиваціоннаго давленія, непосредственно подтверждаетъ законъ восходящей прогрессіи качества мотиваціи.

Тотъ же законъ подтверждается изученіемъ и публично-правовыхъ институтовъ или исторіей публично-правового поведенія человѣчества. Съ точки зрѣнія публично-правовой все населеніе любой соціальной группы можно раздѣлить на три категоріи: a) на главу группы (государства), b) на лицъ, помогающихъ ему въ дѣлѣ управленія, c) и на управляемыхъ.

Историческое изученіе мотиваціи первыхъ двухъ категорій опять-таки вполнѣ подтверждаетъ выставленный выше законъ улучшенія средствъ мотиваціи. И въ этой сферѣ вначалѣ мотивомъ, побуждающимъ монарховъ и управителей (чиновничество) добросовѣстно выполнять требуемыя отъ нихъ общественныя функціи, были грубыя кары и не менѣе грубыя подачки. То же примѣнимо и по адресу управляемыхъ, когда отъ нихъ требуется добросовѣстное выполненіе соціально-необходимой функціи. Безличный законодатель, установляя такую систему мотиваціи, какъ бы говорилъ каждому: „такъ какъ твоя психика еще слишкомъ груба, такъ какъ довѣрять тебѣ, что ты добросовѣстно выполнишь требуемыя отъ тебя функціи, нельзя, то вотъ я установляю систему жестокихъ каръ и большихъ наградъ; если ты добросовѣстно выполнишь то, что отъ тебя требуется — будешь награжденъ, если плохо будешь исполнять свои обязанности—голова съ плечъ“.

Фактическое изученіе общественной жизни отсталыхъ народовъ, а равно и древнихъ сводовъ и кодексовъ, какъ нельзя лучше подтверждаетъ сказанное.

Кары вначалѣ были чуть ли не единственнымъ средствомъ, путемъ котораго добывалось отъ индивида, какъ въ частно-хозяйственной, такъ и въ публично-правовой сферѣ соціально-необходимое поведеніе. Они угрожали всѣмъ, начиная съ монарховъ и кончая простыми смертными. Приведемъ факты.

„Начальники, пишетъ Постъ, часто подлежатъ суду своихъ подчиненныхъ. Король Сенаара, когда этого требовало благо государства, могъ быть казненъ, Bertat ежегодно подвергаютъ своихъ королей суду, по свидѣтельству Хуарроса, въ государствѣ хичесовъ „ahagues“ могли отрѣшить царя отъ должности за жестокость и тираннію, и его въ такихъ случаяхъ наказывали конфискаціей имущества и смертью. Цейлонскіе кандійцы утверждали, что ихъ—во всемъ остальномъ неограниченный—государь можетъ быть вызванъ на судъ послѣднимъ изъ своихъ подданныхъ... въ томъ случаѣ, если онъ нарушаетъ основные законы государства“ [1]). То же констатировано у древнихъ туркестанцевъ [2]), бедуиновъ [3]) и т. д. Этнографія же свидѣтельствуетъ намъ, что низложеніе королей и вождей, сопровождаемое часто ихъ убійствомъ, въ случаѣ плохого исполненія ими своихъ обязанностей, распространено у ряда первобытныхъ народовъ. Исторія Греціи, Рима, Ассиріи, Вавилоніи и Персіи свидѣтельствуетъ намъ о томъ же. Возведеніе и низложеніе тирановъ, въ родѣ Пизистратидовъ, въ Греціи, или преемника Сервія Туллія въ Римѣ, Сарданапала и т. д.—явленія нерѣдкія въ древности. Воспоминанія о такомъ же карательномъ давленіи на королей сохранились и въ рядѣ другихъ государствъ. По мнѣнію многихъ историковъ, въ Египтѣ былъ обычай, согласно которому послѣ

[1]) Постъ. Зачатки... 115—116.
[2]) Ibid., 115.
[3]) Спенсеръ. Основы соціологіи. II. 294.

смерти короля созывалось собраніе для рѣшенія вопроса, достойно ли онъ правилъ. „Публичное обвиненіе было правомъ каждаго гражданина и, если король былъ признанъ виновнымъ въ злоупотребленіи, онъ былъ лишаемъ погребенія“ [1]). Въ удѣльно-вѣчевой періодъ и наша исторія пестритъ фактами убійства и изгнанія князей. Въ Индіи, при воцареніи раджи, раджа былъ по обычаю подвергаемъ ряду ударовъ кнутомъ—обычай, достаточно краснорѣчиво подтверждающій сказанное. Если отъ этихъ данныхъ обратиться къ древнимъ сводамъ, въ родѣ Законовъ Ману, Библіи и т. д., то тамъ не трудно найти ту же мотивацію, въ весьма ясной формулировкѣ.

„Царь, который, вслѣдствіе помраченія, безразсудно притѣсняетъ своихъ подданныхъ, читаемъ мы въ „Законахъ Ману“, въ скоромъ времени вмѣстѣ съ своими родственниками лишится царства и жизни“, или: „царь, который не охраняетъ народа... идетъ по смерти немедленно въ адъ“ [2]). Въ Библіи мы постоянно встрѣчаемъ подобныя же угрозы царю за его нечестіе. Такова была мотивація поведенія царей, побуждавшая ихъ къ добросовѣстному исполненію своихъ обязанностей.

Если такъ обстояло дѣло по отношенію къ начальникамъ и царямъ, то заранѣе можно предвидѣть, что и отъ другихъ лицъ, стоящихъ на болѣе низкихъ ступеняхъ общественной лѣстницы соціально-нужное поведеніе добывалось путемъ тѣхъ же каръ (и наградъ). Приведу для примѣра образцы изъ „Закона Гаммураби“ и „Законовъ Ману“.

Теперь, напр., законъ „довѣряетъ“ и докторамъ, и архитекторамъ, и правителямъ, и свидѣтелямъ на судѣ и даже самимъ подсудимымъ; онъ не обѣщаетъ имъ

[1]) Capart. Esquisse d'un histoire du droit pénale égyptien. 37.
[2]) Законы Ману, гл. 7, 111, гл. 8, 307—308, 397 и др.

поштучной платы и не грозитъ имъ карами за неудачу. Современная система мотивацiи публично-правового, а равно и частно-правового поведенiя, покоится на болѣе возвышенныхъ мотивахъ: на довѣрiи къ индивидамъ, на убѣжденiи въ томъ, что тотъ или иной индивидъ добросовѣстно выполнитъ свою обязанность въ силу сознанiя своего моральнаго долга. Поэтому она почти лишена карательныхъ суррогатовъ. Царь получаетъ строго фиксированное содержанiе, опредѣленное цивильнымъ листомъ. Чиновники—таксированное жалованье, какъ общее правило, не имѣющее ничего общаго съ поштучными наградами или съ моментальными карами. Система мотивацiи рѣзко измѣнилась и покоится на болѣе высокихъ мотивахъ, чѣмъ раньше. Иначе было въ прошломъ. Здѣсь нельзя было полагаться на „совѣсть“, а нужно было добавочное, болѣе грубое давленiе, чтобы вынудить у индивида требуемое поведенiе. Отсюда—рядъ характерныхъ явленiй, какъ въ публично-правовой, такъ и въ хозяйственной сферѣ поведенiя.

Въ послѣдней, какъ уже выше было указано, кнутъ и удары были символами мотивацiи, примѣнявшейся въ этомъ, начальномъ перiодѣ. „Молодой человѣкъ имѣетъ спину и слушаетъ того, кто его бьетъ“; „Слухъ (послушанiе) молодого человѣка на его спинѣ“—краснорѣчиво формулируютъ указанный характеръ мотивацiи папирусъ Аназта. Когда кто-нибудь лѣнился работать, надсмотрщикъ билъ его и обычно говорилъ: „Есть нѣкто позади тебя“ [1]). То же мы видимъ и въ другихъ сферахъ поведенiя.

„Если докторъ лѣчилъ тяжело раненаго и... человѣкъ этотъ умеръ—пусть ему отрѣжутъ руку“. „Если докторъ открылъ бѣльмо... и испортилъ глазъ—пусть

[1]) Capart. Цит. соч., 26—27.

ему отрѣжутъ руку". „Если архитекторъ построилъ домъ... и если построенный домъ развалился и убилъ хозяина... этотъ архитекторъ присуждается къ смерти". „Если убитъ сынъ хозяина—пусть убьютъ сына архитектора" [1]). Эти статьи закона Гаммураби не требуютъ комментаріевъ.

Аналогичныя же статьи разсыпаны, напр., и по всему кодексу Ману. „Всѣ врачи, читаемъ мы тамъ, которые худо обращаются со своими паціентами, должны заплатить штрафъ, по отношенію къ животнымъ первый или низшій, по отношенію къ людямъ высшій". „Царь долженъ заставить разрѣзать на части бритвами золотыхъ дѣлъ мастера, поступающаго нечестно, самаго вреднаго изъ всѣхъ терновъ". „Ткачъ, получившій десять пала нитей, долженъ возвратить ткань по вѣсу одной пала больше; тотъ, кто дѣлаетъ иначе, долженъ быть принужденъ выплатить штрафъ въ двѣнадцать панъ". „Если повозка опрокидывается отъ неумѣнія кучера, хозяинъ долженъ быть присужденъ къ штрафу въ 200 панъ. Если кучеръ умѣлый, но небрежный, онъ одинъ долженъ быть оштрафованъ" [2]) и т. д. Раскройте Библію или Авесту или Коранъ—и вы увидите всюду здѣсь ту же мотивацію, красной нитью проходящую черезъ всѣ эти кодексы. „Если не будешь слушать гласа Господа, Бога твоего, не будешь исполнять заповѣди Его и постановленія Его, которыя я заповѣдую тебѣ сегодня, то прійдутъ на тебя всѣ проклятья сіи и постигнутъ тебя. Проклятъ ты будешь въ городѣ, и проклятъ ты будешь на полѣ. Прокляты будутъ житницы твои и кладовыя твои... Пошлетъ Господь на тебя моровую язву, доколѣ не истребитъ Онъ тебя съ земли, въ которую ты идешь, чтобы владѣть ею. Поразитъ тебя Господь местью, горячкою, лихорадкою, воспале-

[1]) La loi de Hammourabi par Sheil. ст. 215, 218, 228 и т. д

[2]) Законы Ману. Гл. 9, 284, 292, гл. 8, 397, 292—3 и др.

ніемъ, засухою, палящимъ вѣтромъ и ржавчиною... И будутъ трупы твои пищею всѣмъ птицамъ небеснымъ и звѣрямъ, и не будетъ отгоняющаго ихъ“ [1]) и т. д. Такая мотивація проходитъ чрезъ всю Библію. То же мы находимъ въ Ведахъ, въ Авестѣ и въ Коранѣ [2]).

Формулой, весьма ярко опредѣляющей характеръ мотиваціи всѣхъ древнихъ сводовъ, могутъ служить слѣдующіе стихи свода Ману: „Для царя Владыка нѣкогда создалъ своего собственнаго сына, Наказаніе, защитника всѣхъ твореній... Страха его ради всѣ созданныя существа, движимыя и недвижимыя, исполняютъ то, что имъ свойственно, и не уклоняются отъ своихъ обязанностей... Только наказаніе правитъ всѣми созданными существами, только наказаніе охраняетъ ихъ, наказаніе бодрствуетъ надъ ними, когда они спятъ; мудрые считаютъ наказаніе (тождественнымъ) съ закономъ“... „Если бы царь не налагалъ энергично наказанія на тѣхъ, которые заслуживаютъ наказанія, то сильнѣйшіе испекли бы слабѣйшихъ, какъ рыбу на вертелѣ; ворона стала бы клевать жертвенный пирогъ, а собака стала бы лизать жертвенныя снѣди, и не осталось бы ни у кого собственности, низшіе захватили бы мѣста высшихъ; Наказаніемъ весь міръ держится въ порядкѣ, ибо трудно найти человѣка безвиннаго: изъ страха наказанія весь міръ предается свойственнымъ ему занятіямъ“ [3]) и т. д.

Тотъ же выводъ даетъ разсмотрѣніе религіозной мотиваціи поведенія всѣхъ первобытныхъ народовъ. И

[1]) Второзаконіе. Гл. 28 и 30-я.

[2]) См., напр., Avesta, т. III, Fragm. XXXVIII, т. I, Fargard, 19, ст. 9 и сл., перев. Spiegel'я. Коранъ, «Человѣкъ», LXXVI, ст. 1—31, «Посланные», LXXVII, ст. 14—19 и др. Относительно Ведъ см. Oldenberg, La religion du Véda. (1903), 270 и слѣд.; Бартъ, Религіи Индіи, 43, 66 и др.

[3]) См. Законы Ману. Гл. 7, 14—22 и слѣд.

здѣсь всѣ приказы и запреты, относящіеся къ поведенію, построены всецѣло на чисто-карательной мотивації. Спенсеръ вполнѣ правъ, когда говоритъ, что для того, чтобы добыть отъ дикаря нужное поведеніе, къ страху наказанія, исходящаго отъ живыхъ, необходимо должно было присоединиться еще устрашеніе наказаніями со стороны мертвыхъ предковъ или другихъ божествъ. Этимъ и объясняется та громадная и исключительная роль, которую играютъ по ту и посюсторонія кары во всѣхъ примитивныхъ религіозныхъ вѣрованіяхъ, какъ регуляторахъ поведенія. „Мы должны признать въ страхѣ передъ мертвыми такой общественный факторъ, который вначалѣ играетъ не менѣе важную роль, чѣмъ страхъ передъ живыми, если только его роль на самомъ дѣлѣ еще не важнѣе“ [1]).

Если теперь взять отдѣльные виды соціальныхъ отношеній, то мы увидимъ то же самое. Для того, чтобы заставить человѣка, напр., выплачивать свой долгъ, законъ теперь не примѣняетъ къ нему суровыхъ карательныхъ мѣръ. Онъ „довѣряетъ“ должнику. Иначе было въ прошломъ. Л. І. Петражицкій для примѣра указываетъ на долговое право XII таблицъ, которое вначалѣ угрожало неисправному должнику наказаніемъ, весьма чувствительнымъ, а именно разсѣченіемъ должника на части.

Потомъ карательное давленіе стало мягче: оно довольствовалось угрозой личной свободѣ (продажа въ рабство), потомъ имущественными наказаніями (напр., присужденіемъ неисправнаго должника къ уплатѣ двой-

[1]) Спенсеръ. Основ. соціологіи. 391 — 398, 272 — 273. О томъ же см. Steinmetz. Die etnologische Studien. I, 282—285, II, 349—393. Тейлоръ. Исторія культуры. т. II, 172 и др. Харузинъ. Этнографія. IV. 391—393. Дюркгеймъ. Les formes élémentaires de la vie religieuse, passim, и livre III, Фразеръ. Тотемизмъ и экзогамія, а равно и «Золотую вѣтвь» и др.

ной суммы долга), и, наконецъ, оно довольствуется простымъ принужденіемъ должника возмѣстить убытки [1]). Аналогичную же картину мы видимъ и у другихъ первобытныхъ народовъ. У индусовъ, напр., кара за неплатежъ долга извѣстна подъ именемъ дарна (Darna). „Существуетъ нѣсколько видовъ ея. Въ одномъ случаѣ заимодавецъ заклинаетъ должника стоять на какомъ-либо одномъ мѣстѣ, воздерживаться отъ пищи и питья, пока онъ не уплатитъ долговъ". Въ другомъ случаѣ — должникъ съ семьей отдается „на потокъ и разграбленіе". На Цейлонѣ должнику накладывали на спину большой камень, который онъ долженъ былъ носить до тѣхъ поръ, пока не уплатитъ. Если онъ упорствовалъ — тяжесть камней еще болѣе увеличивали. У ряда народовъ на западномъ берегу Декана кредиторъ могъ убить неисправнаго должника, у другихъ—должника подвергали бастоннадѣ, у третьихъ—продавали въ рабство [2]).

По мѣрѣ того, какъ поведеніе должника все болѣе и болѣе улучшалось — смягчалось и давленіе каръ, и мотивація поведенія переходила съ низшихъ струнъ на высшія. Такое же явленіе мы встрѣчаемъ и въ сферѣ уголовнаго процесса. Раньше, чтобы добыть отъ свидѣтеля или подсудимаго надлежащее поведеніе—безличный законодатель угрожалъ имъ суровыми пытками, истязаніями, карой Божіей, или карой предковъ. Отсюда — обычай пытокъ при допросахъ, клятвы именемъ Бога, ордаліи, испытаніе огнемъ и водой и т. д., которымъ подвергались не только обвиняемые, но нерѣдко и свидѣтели. Не заходя далеко впередъ, для примѣра достаточно привести хотя бы такое положеніе изъ дополнительнаго указа къ Судебнику Ивана Грознаго отъ 21 авг. 1556 г.: „А которые люди въ обыскѣхъ въ

[1]) См. Л. І. Петражицкій. Акціи и биржевая игра, 18—19.
[2]) См. объ этомъ Постъ. Зачатки... 234—237.

одномъ дѣлѣ двои рѣчи говорятъ, и изъ тѣхъ людей, изъ ста человѣкъ, выбравъ лутчихъ людей, прикащиковъ и крестьянъ пяти или шти бити кнутьемъ, а игуменовъ и поповъ и дьяконовъ отсылати къ святителю.“ За ложь боярамъ и дьякамъ грозитъ „великая государева опала, а людемъ ихъ и крестьяномъ быти кажненнымъ, какъ и въ разбойныхъ дѣлахъ; если старосты будутъ поступать „не по Государеву указу“, „ино старостъ казнити безъ милости“.

Вообще говоря, какую бы сферу поведенія мы ни взяли—всюду въ древности способы добыванія соціально нужнаго поведенія покоятся на безпощадной карательной мотиваціи. По мѣрѣ того, какъ психика людей улучшается и соціально-полезные акты начинаютъ выполняться все легче и лучше — по мѣрѣ этого измѣняется и система мотиваціи, переходя съ низшихъ струнъ на высшія и сопровождаясь постепеннымъ исчезновеніемъ карательнаго давленія.

Таковъ въ общихъ чертахъ второй законъ эволюціи права, формулированный Л. І. Петражицкимъ и находящій полное подтвержденіе и въ области карательнаго права [1]).

§ 4.

Законъ паденія подопечности.

Въ связи съ закономъ восходящей прогрессіи качества мотиваціи стоитъ, какъ частный видъ его, законъ паденія подопечности по мѣрѣ улучшенія человѣческой психики и поведенія. Тамъ, гдѣ психика соціально-несовершенна, тамъ безличный законодатель не могъ довѣрять членамъ группы, не могъ дать имъ свободу дѣйствій, какъ нельзя давать ее сумасшедшимъ и ма-

[1]) См. болѣе подробно обо всемъ сказанномъ въ моей книгѣ «Преступленіе и кара», гдѣ приведенъ болѣе полный матеріалъ.

ленькимъ дѣтямъ. При злостной психикѣ подобная свобода неминуемо привела бы къ гибели группы. Въ виду этого безсознательно-удачный соціальный подборъ выработалъ рядъ средствъ, направленныхъ къ тому, чтобы по возможности каждаго члена общества поставить подъ контроль или опеку, иногда доходящую до нѣсколькихъ степеней. Лица, стоящія во главѣ семьи, рода или государства, съ этою цѣлью снабжались абсолютною властью по отношенію къ подчиненнымъ, властью жизни и смерти, не знающей никакихъ границъ. Члены группы, поставленные подъ опеку такихъ лицъ, теряли свободу своего самоопредѣленія и volens nolens вынуждались, подъ угрозой смерти, къ такому поведенію, которое требовалось отъ нихъ соціальными потребностями. По мѣрѣ же того, какъ соціально-полезные импульсы поведенія все болѣе и болѣе укрѣпляются, по мѣрѣ того, въ силу того же безсознательно удачнаго приспособленія, опека становится все болѣе и болѣе излишней, а потому она постепенно ослабѣваетъ и параллельно съ этимъ опекающія лица постепенно теряютъ свою власть и ограничиваются въ ней.

Для доказательства этого достаточно взять исторію любой сферы соціальной жизни, въ каждой изъ нихъ мы найдемъ подтвержденіе выставленнаго положенія. Особенно рѣзко эта тенденція проявляется въ паденіи подопечности дѣтей и женщинъ. Не касаясь здѣсь того вопроса, въ силу какихъ причинъ эти группы общества подверглись наибольшей опекѣ, мы констатируемъ лишь то, что въ древности женщины и дѣти были почти безправны; но съ ростомъ культуры и цивилизаціи эта безправность постепенно исчезаетъ, и эти группы выходятъ изъ-подъ опеки. Возьмемъ для примѣра исторію Рима. Здѣсь вначалѣ мы видимъ дѣтей совершенно безправными по отношенію къ главѣ семьи, pater familias. Онъ имѣлъ надъ ними jus vendendi и jus vitae ac necis. Въ

отношеніи имущественныхъ правъ—дѣти были также совершенно безправны, не могли имѣть никакой собственности. Но по мѣрѣ роста римской гражданственности—подопечность дѣтей уменьшалась, власть pater familias ограничиваясь, и права дѣтей росли. Отнято было у отца jus vitae necisque, ограничено, а затѣмъ отнято и право продажи въ рабство. Исторія peculium castrense, quasi castrense, bona materna generis u bona adventicia—ясно показываетъ и ростъ имущественныхъ правъ дѣтей. Аналогична же была исторія подопечности дѣтей и у другихъ народовъ. Точно таковой же была и исторія правового положенія женщины. И здѣсь мы видимъ женщину вначалѣ совершенно безправной, всецѣло отданной подъ опеку мужчины: подъ опеку „братьевъ“ и мужей въ экзогамическихъ группахъ дикарей, главы рода, семьи, мужа и т. д. Опекунъ и здѣсь обладаетъ по отношенію къ ней громадной властью, доходящей также до права жизни и смерти. Дальнѣйшія стадіи исторіи правового положенія женщины показываютъ постепенное паденіе ея подопечности: освобожденіе отъ власти мужа, главы рода, ростъ ея личныхъ и имущественныхъ правъ, завершающійся въ наши дни полнымъ уравненіемъ правового положенія женщины съ правовымъ положеніемъ мужчины.

Та же тенденція выступаетъ и въ исторіи правового положенія той обширной группы, составляющей массу всякаго соціальнаго аггрегата, (общество, родъ, тотэмъ, семья, государство), которую можно назвать „управляемыми“. Въ первобытныхъ тотэмистическихъ и родовыхъ группахъ указанная часть общества составляется обычно изъ женщинъ и неполноправныхъ мужчинъ, не достигшихъ надлежащаго возраста. Они находятся всецѣло подъ опекой старшихъ управляющихъ. Когда же, въ силу соціальной дифференціаціи, выдѣляется изъ группы король или князекъ, то „управляемая“ масса

по отношенію къ этимъ королямъ, а также ихъ помощникамъ, становится абсолютно безправной. Она получаетъ со стороны послѣднихъ названіе „псовъ“ [1]), съ которыми можно дѣлать все, что угодно. Поступательный ходъ исторіи, показывающій смѣну рабства крѣпостничествомъ, крѣпостничества—эпохой свободнонаемнаго труда, — съ одной стороны, смѣну кастъ—сословіями, сословій классами—съ другой стороны, смѣну безправнаго положенія періодомъ роста личныхъ правъ гражданъ и гарантій свободы — съ третьей, наконецъ, смѣну „институтовъ абсолютнаго управленія“ институтами самоуправленія и свободнаго самоопредѣленія личности,—тѣмъ самымъ показываетъ и постоянную тенденцію паденія подопечности, соотвѣтствующимъ образомъ отражающуюся и на содержаніи и характерѣ карательнаго права и процесса. Исчезаетъ изъ этихъ кодексовъ рядъ пытокъ, примѣнявшихся лишь къ „управляемымъ“, исчезаетъ неравномѣрность наказанія для различныхъ кастъ или сословій за одинаковыя преступленія, исчезаютъ черты религіозной опеки и религіозныхъ каръ, которыми проникнуты всѣ древніе уголовные своды, розыскной процессъ постепенно начинаетъ смѣняться состязательнымъ и т. д.

§ 5.

Законъ восходящей прогрессіи требованій соціально-полезнаго поведенія.

Сущность этого закона состоитъ въ томъ, что минимумъ соціально-полезнаго поведенія, требуемый отъ индивида, не остается на одномъ уровнѣ, а съ ростомъ

[1]) См. надлежащіе факты у Летурно: L'Evolution politique, и у Ковалевскаго: Соціологія, т. II, въ его статьѣ «Государство» въ энциклопед. словарѣ Брокгаузъ-Ефронъ, а также въ «Итогахъ науки».

культуры все болѣе и болѣе повышается. Тотъ минимумъ добропорядочнго поведенія, который требовался отъ дикаря, въ культурномъ обществѣ оказывается уже слишкомъ низкимъ.

Это повышеніе требованій альтруистическаго поведенія проявляется одновременно и въ качественномъ и въ количественномъ отношеніи; проявленіемъ количественнаго повышенія требованій соціально-нужнаго поведенія можетъ служить фактъ роста соціально-замиренныхъ круговъ или законъ расширенія сферы ближнихъ. Обязательный минимумъ добраго поведенія отъ дикаря требовался лишь по адресу членовъ своей группы. Лица же, не принадлежащія къ своей группѣ, считались одновременно и чужими и врагами (латинское hostis значитъ чужеземецъ и врагъ), съ которыми можно было дѣлать все, что угодно. На первыхъ порахъ убійство чужаковъ считалось поступкомъ не только дозволеннымъ, но и похвальнымъ [1]). Число же членовъ первичныхъ группъ, по вычисленію Сутерланда, равнялось въ среднемъ 40 человѣкамъ. Значитъ, отъ дикаря требовалось доброе поведеніе лишь по адресу 40—60 человѣкъ, а по адресу остальныхъ онъ могъ дѣлать все, что угодно: убивать, воровать, насиловать и т. д. Чѣмъ дальше, тѣмъ число этихъ „своихъ“ все болѣе и болѣе растетъ, ибо растетъ объемъ соціально-замиренныхъ круговъ. По даннымъ того же Сутерланда, общества среднихъ дикарей насчитываютъ уже около 150 человѣкъ, высшихъ—360; общества варваровъ (низшихъ) имѣютъ около 6,500 членовъ, среднихъ варваровъ—228,000, высшихъ—442,000. Общества же цивилизованныхъ народовъ, начиная съ союзовъ въ 4,200,000, кон-

[1]) См. подробнѣе объ этомъ дуализмѣ первобытной этики: Ковалевскій: «Обособленіе дозволенныхъ и недозволенныхъ дѣйствій» (4-й сборн. новыхъ идей въ соціологіи), а также Steinmetz. Philosophie des Krieges, 1907 г. 1-я гл.

чаютъ государствами въ 30,000,000 и болѣе человѣкъ [1]). Ростъ этихъ цифръ означаетъ и увеличеніе числа лицъ, по адресу которыхъ требуется альтруистически-солидарное поведеніе. Если прибавить къ этому, что фактически, а отчасти и юридически, теперь подобное поведеніе требуется по адресу всѣхъ людей, то ростъ количественнаго повышенія соціально-солидарнаго поведенія становится вполнѣ яснымъ и безспорнымъ. Область „ближнихъ" разрослась до „безконечности", область „чужихъ"—упала чуть не до нуля. Но это повышеніе идетъ не только вширь но и вглубь. Уже подъ этимъ количественнымъ улучшеніемъ поведенія скрывается качественное улучшеніе.

Въ самомъ дѣлѣ, если теперь запрещено (за небольшими исключеніями, въ родѣ войны, исключеніями, становящимися все болѣе и болѣе рѣдкими) убійство вообще всякаго человѣка, то это значитъ, что акты убійства вообще не дозволяются, что такое злостное поведеніе считается недопустимымъ. То же примѣнимо и къ другимъ деликтамъ: къ кражѣ, къ насилію, къ оскорбленію чести и т. д. Такимъ образомъ, количественный ростъ альтруизма является въ то же время и качественнымъ его улучшеніемъ. Но и помимо того, можно было бы доказать непосредственно ростъ требованій въ сторону качественнаго повышенія соціально-альтруистическаго поведенія. Рядъ актовъ, оказывающихся полезными только въ опредѣленной конкретной обстановкѣ, а въ другихъ случаяхъ—дающихъ соціально-вредные эффекты—постепенно исчезаетъ, (напр., убійство стариковъ и дѣтей, вначалѣ не наказывавшееся, потомъ наказывается и не допускается). Акты же соціально-полезные вообще (большинство соціально-полезныхъ альтруистическихъ актовъ) съ ростомъ куль-

[1]) Сутерландъ. Происхожденіе и развитіе нравственнаго инстинкта. 1900. 382.

туры все сильнѣе и сильнѣе рекомендуются и все настойчивѣе и настойчивѣе требуются отъ индивида, сначала путемъ каръ, а затѣмъ, при приспособленіи индивидовъ къ выполненію этихъ актовъ, они, въ силу внутреннихъ импульсовъ, совершаются людьми „добровольно“, безъ всякихъ санкцій.

§ 6.

Законъ колебанія каръ.

Въ предыдущемъ мы старались очерчивать тѣ постоянныя тенденціи, которыя являются наиболѣе важными въ исторіи развитія наказаній. Хотя эти тенденціи и постоянны, отсюда, однако, не слѣдуетъ, что онѣ прямолинейны. Если ужъ графически ихъ изображать, то всего болѣе вѣрной линіей будетъ ломанная линія, либо непрерывно нисходящая (въ примѣненіи къ закону нисходящей прогрессіи мотив. давленія), либо непрерывно восходящая (по отношенію къ закону восходящей прогрессіи качества мотиваціи). Это значитъ, что эти постоянныя тенденціи испытываютъ временныя колебанія, пониженія и повышенія. Такой фактъ можетъ съ перваго взгляда вызвать извѣстное недовѣріе и къ самимъ тенденціямъ; поэтому, разъ изслѣдователь настаиваетъ на ихъ постоянствѣ, онъ долженъ объяснить и эти колебанія, показавъ, что и они, въ свою очередь, подчиняются извѣстной закономѣрности, своего рода закону, не отрицающему, но, напротивъ, подтверждающему выставленные эволюціонные законы. Исходя изъ принциповъ психологической теоріи права Л. І. Петражицкаго, можно дать общую формулу подобныхъ колебаній. Эта формула будетъ гласить: всякій разъ, когда въ единой соціальной группѣ ceteris paribus, въ силу тѣхъ или иныхъ причинъ увеличивается моральный антагонизмъ между

различными частями группы—жестокость кары должна повышаться; когда этотъ антагонизмъ уменьшается—жестокость каръ должна падать (опять-таки ceteris paribus).

Не трудно видѣть, почему это такъ должно быть. Кары, какъ мы видѣли, одно изъ средствъ добыванія отъ индивида соціально-полезнаго поведенія, иначе говоря, роль заключается въ поддержаніи обязательныхъ нормъ поведенія, диктуемыхъ моральной совѣстью группы, въ цѣляхъ ея самосохраненія. Это значитъ, что наказаніе есть средство установленія и поддержанія соціальной солидарности. Если эта солидарность идеальная, если въ группѣ нѣтъ никакихъ нарушеній нормъ поведенія, т.-е. если моральное сознаніе и соотвѣтствующее ему поведеніе во всей группѣ одинаково—то карамъ нѣтъ мѣста. Если же, наоборотъ, одинъ считаетъ „долгомъ“ защищать собственность, а другой — считаетъ собственность кражей, если одинъ считаетъ „долгомъ“ убивать другихъ, а другой всякое убійство считаетъ преступленіемъ, если одинъ считаетъ предпринимательскую прибыль капиталиста безнравственной, а другой (капиталистъ) считаетъ требованія рабочихъ о повышеніи заработной платы—зломъ, т.-е. если моральное сознаніе группы разнородно и антагонистично, то ясно, что здѣсь „мирнаго согласія“ ждать не приходится. Неизбѣженъ конфликтъ поведеній, взаимная борьба, а тѣмъ самымъ и наказаніе. И чѣмъ глубже и острѣе будетъ антагонизмъ, тѣмъ острѣе и жестче будутъ наказанія, какъ средство предохраненія группы отъ распаденія и гибели. Этимъ именно и объясняются эпизодическія колебанія количественной и качественной жестокости каръ.

Фактовъ, подтверждающихъ это обобщеніе, слишкомъ много. Приведу нѣкоторые. Прямымъ подтвержденіемъ сказаннаго служитъ всѣмъ извѣстный фактъ повышенія

кривой каръ во время общественныхъ переломовъ и революцій. Всякая революція по существу есть не что иное, какъ острый періодъ моральнаго антагонизма двухъ міровъ: стараго и новаго режима. Моральный антагонизмъ ведетъ къ конфликту поведенія. Отсюда: чрезвычайныя и военныя положенія, отмѣна гарантій свободы, пріостановка Habeas Corpus'a и военные суды, скоро и щедро расточающіе смертные приговоры. Мечъ каръ становится острѣе. Работа палача растетъ. Тюрьмы переполняются. Люди съ той и съ другой стороны разстрѣливаются группами и по одиночкѣ; начинаютъ грохотать во всю залпы карательныхъ отрядовъ и баррикадныхъ дружинъ и т. д. Линія каръ съ той и другой стороны дѣлаетъ рѣзкій прыжокъ вверхъ. Этотъ фактъ всѣмъ извѣстенъ. Для большей убѣдительности приведу пару цифровыхъ иллюстрацій. Проф. Гарсонъ замѣтилъ, что во Франціи число смертныхъ приговоровъ при каждомъ новомъ политическомъ режимѣ больше въ первые годы, нежели позднѣе. Консульство дебютируетъ съ 605 смертными приговорами (1803 г.), а въ 1813 г. ихъ 325, т.-е. меньше вдвое; раставрація начинаетъ въ 1816 г. съ 514 приговоровъ, и кончаетъ 91, іюльская монархія начинаетъ въ 1831 г. съ 108 приговорами и кончаетъ въ 1847 г. съ 65; въ періодъ Имперіи въ 1854 г. было—79 приговоровъ, въ 1870 г.—11. Второй примѣръ. Въ Россіи за конецъ 19-го в. и начало 20-го цыфры показываютъ такое число казненныхъ:

Въ пятилѣтіе съ	1875	по	1880 г.	всего казнено	119.
„	81	—	85	„ „	71
„	86	—	90	— —	76
—	91	—	96	—	47
	96	—	1900	—	78
	1901	—	1905	—	93

Далѣе цифры дѣлаютъ громадной скачокъ вверхъ:

въ теченіе одного	1906 г. казнено —	547
	1907 —	1139
	1908 —	1340

Затѣмъ снова идетъ паденіе:

1909 г. даетъ —		717
1910 —		129
1911 —		73
1912 —		126 [1])

Таково первое подтвержденіе указаннаго закона. Въ силу тѣхъ же причинъ мы должны ожидать подъема кривой каръ и тогда, напр., когда какое-нибудь государство быстро расширяется (путемъ завоеваній), включая въ себя рядъ союзовъ и народностей съ различными обычаями, нравомъ и бытомъ. Чтобы не дать разсыпаться этой наскоро сколоченной государственной храминѣ, мечъ каръ долженъ сильнѣе работать и «склеивать» разсыпающіяся и взаимно отталкивающіяся части государства. Этимъ именно и объясняется фактъ подъема жестокости каръ въ Римѣ, въ концѣ императорскаго періода, когда Римъ включилъ въ себя множество народностей съ различной культурой и моралью—съ одной стороны, и когда внутри его особенно рѣзко проявился моральный антагонизмъ между различными классами и религіями—съ другой. Чаще и чаще совершались возстанія отдѣльныхъ покоренныхъ народовъ, извнѣ все сильнѣе и сильнѣе угрожали варвары, внутри христіанство завязало острую борьбу съ язычествомъ, число мятежныхъ группъ въ родѣ „багаудовъ“ все болѣе и болѣе росло—въ итогѣ немудрено, что рычагъ каръ принужденъ былъ давить сильнѣе и сильнѣе. То же должно было быть и въ началѣ среднихъ вѣковъ, въ эпоху переселенія, или лучше взаимостолкновенія множества различныхъ народностей, соединяв-

[1]) См. Гернетъ Смертная казнь. 75—76, и 97—99.

шихся въ общія политическія тѣла, и сразу же распадавшихся вновь. Эти быстрыя, наскоро „сшитыя“ имперіи и королевства, въ родѣ меровинго-каролингской имперіи, могли существовать лишь при давленіи каръ, отсюда—ихъ ростъ въ эту и послѣдующія эпохи. И въ нашей исторіи процессъ „собиранія русской земли“ и поддержанія единства „объединенной“ Руси сопровождался тѣмъ же подъемомъ кривой каръ (покореніе и усмиренія Новгорода, Пскова и др. городовъ при Иванѣ III и IV, опричнина, массовыя казни, жестокость „Судебниковъ“ и т. д.).

По мѣрѣ того, какъ установленіе однородности моральныхъ нормъ и поведенія растетъ, кривая каръ постепенно падаетъ. Другими словами, временныя повышенія кривой каръ вызываются неуклонной динамикой соціальной жизни, самопроизвольно ведущей человѣчество на большія высоты соціально-солидарнаго общенія. Внѣшнимъ выраженіемъ этого прогресса служитъ очерченный выше законъ расширенія области „ближнихъ“. Поэтому, въ моменты, когда это расширеніе области „ближнихъ“ совершается особенно интенсивно, когда къ индивиду предъявляются новыя и высшія требованія соціально-необходимаго поведенія,—рычагъ наказаній долженъ временно усилить свое давленіе, чтобы добыть отъ индивида повышенный минимумъ солидарнаго поведенія. По мѣрѣ того, какъ индивиды приспособляются къ новымъ условіямъ—жестокость каръ постепенно падаетъ [1]).

Таковы основные эмпирическіе законы, обнаруживающіеся въ развитіи наказаній.

---

[1]) См. подробнѣе о законѣ колебанія каръ Сорокинъ: Преступленіе и кара, гл. IX.

ПРИ ГАЗЕТѢ **ДЕНЬ** ПО ЧЕТВЕРГАМЪ ВЫХОДИТЪ.

безплатное приложеніе, посвящ. Литературѣ, Искусству, Наукѣ

ОТКЛИКИ

Въ 3-хъ первыхъ №№ помѣщены статьи:

«Бахусова пещера»—**Алексѣя Ремизова.** Духъ вѣка—**Ѳедора Сологуба.** Бернарденъ де Сентъ Пьеръ (Къ столѣтію со дня смерти).—**Е. А. Аничкова.** Глухіе выстрѣлы.—**Георгія Чулкова.** Сѣровъ—рисовальщикъ.—**Андр. Левинсона.** Эпоха поддѣлокъ.—**С. Р. Минцлова.** Лѣтопись художественной мысли.—**А. Л.** Іоганнъ Готлибъ Фихте.—**Н. Лосскаго.** А. В. Дружининъ.—**Евг. Ляцкаго.** Дневникъ журналиста.—**Антона Крайняго.** Отъ Запада къ русской иконѣ.—**В. Денисова.** Конституціонное движеніе въ земствѣ.—**К. Пажитнова.** Маринетти.—**Георгія Чулкова.** Эженъ Фромантенъ и «Мастера прошлаго»—**Андрея Левинсона.** Русская народная сказка.—**В. Филатова.** Помощь преступнику и борьба съ наказаніемъ, какъ принципы новаго уголовнаго права.—**В. Станкевича.** Современные успѣхи атомистическаго ученія.—**П. Юшкевича.** Horror absoluti.—**В. Теръ-Оганезова.** Изъ прошлаго. Новости химіи.—**П. Ю. Шмидта.** Новое въ медицинѣ. Литературная хроника. Отзывы о книгахъ.

Подписная цѣна на газету **ДЕНЬ** вмѣстѣ съ 2-мя еженедѣльн. прилож.

(„ОТКЛИКИ“ и „Литерат. Иллюстр. прилож.“):

на 1 г.—**10** р., 9 мѣс.—**7** р. **70** к., 6 мѣс.—**5** р. **30** к.
3 мѣс.—**2** р. **80** к., 1 мѣс.—**1** р.

Подписка принимается въ Главн. Конторѣ (СПБ., Невскій, 69) и во всѣхъ книжн. магаз., а также въ почтов. учрежд.

Цѣна отдѣльн. №№—5 коп.

Издательство „ОБРАЗОВАНІЕ“, СПБ., Поварской, 12. — Телефонъ № 75-51.

Новыя идеи въ философіи.

Неперіодическое изданіе, выходящее подъ редакціей Н. О. Лосскаго и Э. Л. Радлова.

Сборники: № 1. Философія и ея проблемы.—№ 2. Борьба за физическое міровоззрѣніе.—№ 3. Теорія познанія I.—№ 4. Что такое психологія?—№ 5. Теорія познанія II.—№ 6. Существуетъ ли внѣшній міръ?—№ 7. Теорія познанія III.—№ 8. Душа и тѣло.—№ 9. Методы психологіи I.—№ 10. Методы психологіи II.—№ 11. Теорія познанія и точныя науки.—№ 12. Къ исторіи теоріи познанія I.—№ 13. Современные метафизики I.—№ 14. Этика I.—№ 15. Безсознательное.—№ 16. Психологія мышленія.—№ 17. Современные метафизики II.—№ 18. Этика II (печ.).

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Новыя идеи въ соціологіи.

Неперіодическое изд., выходящее подъ ред. проф. М. М. Ковалевскаго и Е. В. де-Роберти.

Сборники: № 1. Соціологія. Ея предметъ и современное состояніе.—№ 2. Соціологія и психологія.—№ 3. Что такое прогрессъ? I.—№ 4. Генетическая соціологія.—№ 5. Этика и право (печ.).

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Новыя идеи въ экономикѣ.

Неперіодическое изданіе, выход. подъ редакц. проф. М. И. Туганъ-Барановскаго.

Сборники: № 1. Ученіе о распредѣленіи общественнаго дохода.—№ 2. Теорія народонаселенія и мальтузіанство.—№ 3. Раціонализація хозяйства I.—№ 4. Вздорожаніе жизни.—№ 5. Закономѣрность общественнаго развитія.—№ 6. Теорія денегъ Кнаппа.

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Новыя идеи въ правовѣдѣніи.

Неперіод. изд., вых. подъ ред. проф. Л. І. Петражицкаго, при ближ. участіи проф.: Б. А. Кистяковскаго, С. А. Котляревскаго. М. М. Ковалевскаго, П. И. Люблинскаго, Б. Э. Нольде, М. Я. Пергамента и М. П. Чубинскаго.

Сборники: № 1. Цѣли наказанія. — № 2. Философія права и нравственности I.—№ 3. Эволюція преступленій и наказаній I.

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Новыя идеи въ педагогикѣ.

Неперіодическое изданіе, выходящее подъ редакціей Г. Г. Зоргенфрея.

Сборники: № 1. Самоуправленіе въ школахъ.—№ 2. Трудовая школа.—№ 3. Средняя школа.—№ 4. Совмѣстное воспитаніе.

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Естествознаніе въ школѣ.

Неперіодическое изданіе, выходящее подъ редакціей проф. В. А. Вагнера и Б. Е. Райкова.

Сборники: № 1. Вопросы методики преподаванія естествознанія.—№ 2. Преподаваніе начальнаго природовѣдѣнія.—№ 3. Обзоръ новѣйшей учебной и учебно-вспомогательной литературы по естествознанію I.—№ 4. Преподаваніе зоологіи I.—№ 5. Обзоръ новѣйшей учебной и учебно-вспомогательной литературы по естествознанію II.—№ 6. Общіе вопросы преподаванія естествознанія.—№ 7. Преподаваніе ботаники.

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Географія въ школѣ.

Неперіодическое изданіе, выходящее подъ редакціей Я. И. Руднева.

Сборники №№ 1 и 2. Вопросы преподаванія и методики географіи въ средней и народной школѣ.

Цѣна каждаго сборника 80 к.

Цѣна 80 коп.

10р-

457 А 528/19

Книгоиздательство „ОБРАЗОВАНІЕ“,
СПБ., Поварской, 12. Телефонъ № 75-51.

Тип. „Двигатель“, Казначейская, 6.